

## A função social como limite do contrato: contribuição para a aplicação judicial do art. 421 do Código Civil

Gilberto Fachetti SILVESTRE\*

**RESUMO:** Esse artigo explora a existência de uma situação jurídica entre as partes de um contrato e terceiros com fundamento na função social. Da cláusula geral do art. 421 do Código Civil decorrem uma série de direitos e deveres que criam posições jurídicas ativas e passivas entre as partes e terceiros, nas quais há a pretensão de incolumidade do vínculo contratual por terceiros e a impossibilidade de as partes de um contrato causarem danos a terceiros. Da violação da função social resulta um fato ilícito no qual os danos patrimoniais, extrapatrimoniais e sociais devem ser indenizados por aquele que desfuncionalizou o contrato por causa da inobservância de sua posição passiva criada pela situação contratual. Uma pesquisa documental com julgados permitiu constatar que as conclusões a que se chegou nesse trabalho estão sendo aplicadas nos tribunais brasileiros, destacando-se o Superior Tribunal de Justiça (STJ).

**PALAVRAS-CHAVE:** Função social do contrato; inadimplemento; terceiro cúmplice; jurisprudência.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; – 2. A natureza normativa do art. 421 do Código Civil; – 3. A função social como dever; – 4. Conclusão; – 5. Bibliografia.

**TITLE:** *The Social Function Being Limit of the Contract: Contribution for the Judicial Application of the Art. 421 of the Civil Code*

**ABSTRACT:** *This article explores the existence of a legal situation between the parties in a contract and third on the basis of social function. The general clause of Art. 421 of the Civil Code results a series of rights and duties that creates active and passive legal positions between the parties and third parties in which there is a pretension of a safety contractual relationship by third parties and the impossibility of the parties in a contract cause damages to third parties. The violation of the social function results in an illegal fact in which the patrimonial damage should be compensated by the one who dysfunction the contract because of non-compliance with its passive position created by the contractual situation. Documentary research with trial it was established that the conclusions arrived at in this work are being applied in Brazilian courts, highlighting the Superior Court of Justice (STJ).*

**KEYWORDS:** *Social function of contract; default; third party accomplice; judgments.*

**CONTENTS:** *1. Introduction; – 2. The normative in nature of the art. 421 of the Civil Code; – 3. The social function of contract being duty; – 4. Conclusion; – 5. Bibliography.*

### 1. Introdução

---

\* Professor da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); Doutor em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP); Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); Advogado. E-mail: gilberto.silvestre@ufes.br

De nada adiantaria existir um dispositivo como o art. 421 se dele não resultasse um efeito coercitivo (imperatividade) e coativo (sanção). Seu papel não pode ser — apenas — político ou retórico, sob risco de vir a ser tudo e nada ao mesmo tempo. Isso se deve ao fato de a normatividade ser, sem dúvidas, um dos elementos mais importantes da caracterização do Direito, e, nesse sentido, todos os juristas concordam na existência normativa e imperativa do Direito, afinal, este não é um rogo, um conselho ou um pedido, mas sim uma determinação, uma ordem que necessita do artifício do comando para garantir sua função.

Embora impere hoje vários paradigmas principiológicos no Direito Civil, não se deve por isso, necessariamente, abandonar o dogmatismo que analisa o Direito a partir de uma dimensão ontológico-normativa. O que não pode acontecer nesse momento de expansão da principiologia jurídica é neutralizar a análise da estrutura do ordenamento e de seus elementos: a norma jurídica vai além, mas ela é um comando ou tipo especial de prescrição deonticamente identificável em *proibição (ph)*, *obrigação (o)* e *permissão (-ph)*, focando-a inclusive na sua axiologia justificante.

Analisar deontologicamente o art. 421 do Código Civil leva a compreensão de sua estrutura e, também, a compreendê-lo como norma jurídica desde uma posição que sua própria definição inclua as razões que justificam sua existência e determinam sua validade, entendendo-a como *razão para a ação*; aquela ação que deve ser realizada, seguida e exigida a partir de uma concepção que a justifica. A importância de tal atitude epistemológica não é apenas teórica, mas também e especialmente prática, pois leva à aceitabilidade, à obediência e à justificação do dever jurídico.

Nesse artigo é feita uma análise lógico-deôntica da norma jurídica do art. 421 enquanto *dever de conduta*, isto é, a função social é entendida apenas como um comando ou uma prescrição para o correto exercício da liberdade de contratar. Essa análise indicará os deveres que caracterizam a função social do contrato e cujo descumprimento extrapola os limites do exercício lícito da autonomia contratual. Quer dizer, a análise do estatuto deontológico do art. 421 permite compreender quando o sujeito comete ato ilícito pelo exercício manifestamente fora dos “limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”, ou seja, quando age com abuso de direito.

## **2. A natureza normativa do art. 421 do Código Civil**

Nesse tópico usaremos conceitos da Teoria da Norma Jurídica e do Normativismo Jurídico para fundamentar e demonstrar a ideia principal que pretendemos defender. Nesse contexto teórico, sabe-se que diversos juristas desenvolveram teorias da norma jurídica próprias, a exemplo de Hans Kelsen, Alf Ross, Herbert L. A. Hart, Georg Henrik von Wright, Carlos Cossio, Genaro Carrió e Carlos E. Alchourrón. Seria exaustivo — e até desnecessário — descrever cada uma dessas teorias. Por isso, será adotado como referencial teórico para compreender a deontologia normativa da função social as teses esboçadas por Eugenio Bulygin e Daniel Mendonca, justamente porque desenvolvem uma teoria do modal deôntico que justifica o contexto teórico deste trabalho.

Para que se possa entender a obrigatoriedade (*o*) e as consequências (*C*) do não atendimento (*-o*) dos postulados da função social, é necessário compreender o caráter deôntico do art. 421 do Código Civil. Adverte-se, contudo, não se tratar da natureza jurídica da função social, que, como visto, é um *PR*, ou seja, uma *Princípio que é como uma Regra*. Aqui se fala da natureza deôntica (*permitido, obrigatório e proibido*) da norma e proposição normativa que resultam do art. 421:

Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Primeiramente, a *norma jurídica é uma prescrição emitida por uma autoridade normativa dirigida a sujeitos normativos e que obriga (o), proíbe (ph) ou permite (-ph) ações ou estados de coisas*.<sup>1</sup> Trazendo essa caracterização para o art. 421, a partir da proposição normativa que dele resulta, tem-se o seguinte:

- *Prescrição emitida*: determina a forma de exercer a liberdade de contratar a partir da locução “...será exercida...”; não se trata de um rogo, nem de uma definição (*D*), mas de uma imposição, que na linguagem normativa é entendida por *prescrição*. Para tanto, basta perceber sua *linguagem imperativa*. Nesse sentido, ela *obriga*: a locução estabelece uma *obrigação (o)* para os contratantes, determinando como a autonomia contratual deve ser exercida (manifestação de vontade, negociações preliminares, conclusão e execução);

---

<sup>1</sup> BULYGIN, Eugenio; MENDONCA, Daniel. *Normas y sistemas normativos*. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 15: “entenderemos por ‘norma’ una prescripción emitida por un agente humano, denominado ‘autoridad normativa’, dirigida a uno o varios agentes humanos, denominados ‘sujetos normativos’, que obliga, prohíbe ou permite determinadas acciones o estados de cosas. Ordenes o mandatos están incluidos en esta noción de norma. La formulación de la norma por medio de oraciones deónticas (oraciones con términos como ‘obligatorio’, ‘prohibido’ o ‘permitido’) u oraciones em modo imperativo y aun indicativo puede variar de un caso a otro”.

- *Emitido por autoridade normativa*: trata-se do sujeito normativo responsável pela criação das normas (emissores), no caso, o legislador de 2002. Para além do legislador, há outra autoridade normativa, como o Judiciário, que cria normas individuais ou coletivas destinadas à solução de lides contratuais;
- *Dirige-se a sujeitos normativos*: que aqui são entendidos os agentes humanos que assumem o papel de *contratantes* e de *terceiros*, e que são destinatários/receptores da prescrição. Aliás, a função social tornou as partes e os terceiros nos sujeitos normativos do contrato;
- *Ação ou estado de coisas*: quando o legislador determina agir *em razão* e *nos limites* da função social fica estabelecida uma causa, um conteúdo e uma forma de construir o contrato. A ação será a conduta que não lese o interesse social em torno do contrato, e o estado de coisas será o desenvolvimento de uma ética (correta) circulação de riquezas.

Nem sempre se pode caracterizar a norma jurídica a partir da sanção (*C*) que ela pode prever, como queria Hans Kelsen. Uma norma não necessariamente deverá ter sanção para que se configure como tal. Embora o art. 421 não contenha em sua formulação (*FN*) uma sanção expressa, dada a circunstância de ser uma *cláusula geral*, a sanção pode estar em outras proposições normativas. É o que ocorre com a nulidade do contrato por não se ter agido em razão da função social (art. 166, VI), e com a responsabilidade civil por não se ter obedecido aos limites estabelecidos pela função social (art. 927, *caput*). Observe que as sanções não estão na proposição normativa do art. 421, mas nas proposições normativas de outros dispositivos legais.

Determinar a natureza normativa do art. 421 não tem um efeito meramente conceitual ou teórico, pois de tal análise será possível reconhecer a finalidade que se persegue na sua prescrição. Isso porque a autoridade normativa, quando dita normas, persegue como finalidade principal motivar certas condutas sociais.<sup>2</sup> No âmbito do contrato, então, a conduta motivada é justamente contratar dentro de padrões éticos e de um “jogo limpo”.

Daí resulta mais uma conclusão: o art. 421 é uma *norma de conduta* sobre como contratar. (Na verdade, é uma norma que estabelece conduta). Eugenio Bulygin e Daniel Mendonca distinguem dois tipos de normas de conduta: 1) *normas condicionais*: quando a obrigação (*o*), a permissão (*-ph*) ou a proibição (*ph*)

---

<sup>2</sup> Também ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. 4ª reimpressão. Buenos Aires: Astrea, 2002, pp. 74-78.

estabelecida está sujeita a uma condição, cuja construção é a seguinte: se  $p$ , então é  $[o, -ph$  ou  $ph]$   $q$ . Observe que  $q$  depende de  $p$  (condição de  $q$ ); e 2) *normas categóricas*: são aquelas de *per si*, nas quais  $[o, -ph$  ou  $ph]$  já estão expressos sem qualquer condição, de modo que:  $p$  é  $[o, -ph$  ou  $ph]$ .

O art. 421 cria uma norma de conduta do tipo condicional, em que:  $p$  é o exercício da liberdade de contratar e  $q$  é a função social, que é  $o$ . Assim, *se for contratar, é obrigatório fazê-lo de acordo com a função social*. A obrigatoriedade da função social é uma condição da autonomia contratual.

Por fim, cabe analisar o dispositivo a partir de uma *concepção hilética* — cujo termo vem de *hýle* (*Υλη*), que significa o sentido da matéria na filosofia husserliana. Segundo Eugenio Bulygin e Daniel Mendonca, na hilética faz parte do conteúdo da norma o componente normativo: o operador deôntico  $[o, ph$  ou  $-ph]$  incide na oração descritiva da norma e, conseqüentemente, faz surgir uma oração normativa, cujo significado será a norma. Parece que se pode interpretar o que os autores dizem da seguinte maneira: a formulação normativa (*FN*) é descritiva e a proposição normativa que dela resulta tem caráter prescritivo, afinal, como dizem os próprios autores, toda oração normativa tem como peculiaridade ser prescritiva: “no dicen que algo es, sino que algo debe (o puede) ser”.<sup>3</sup>

O art. 421 também pode ser visto a partir da perspectiva da concepção hilética:

- *Oração descritiva*: a formulação normativa determina que a função social é a razão de ser e o limite do exercício da liberdade de contratar; logo,
- *Oração normativa*: é obrigatório ( $o$ ) agir de acordo com a função social (causa e dever).

Assim reconheceu, a propósito, o Superior Tribunal de Justiça quando, na decisão monocrática no REsp. nº. 1.430.067/DF, fez contar que é “dever das partes contratantes observar as cláusulas gerais que regem os contratos privados, como a função social, a probidade e a boa-fé objetiva, nos termos dos artigos 421 e 422, ambos do Código Civil”.<sup>4</sup>

<sup>3</sup> BULYGIN, Eugenio; MENDONCA, Daniel. *Normas y sistemas normativos*, ob. cit., p. 16-18.

<sup>4</sup> STJ, REsp. nº. 1.430.067/DF Decisão Monocrática, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. em 05/11/2014.

Embora o art. 421 se apresente como *oração descritiva* em seus termos, ele se manifesta como prescrição em sua *oração normativa* em razão da obrigatoriedade de agir por causa e dentro do estabelecido pela função social. Nesse sentido, *tem-se uma oração deôntica pela qual a função social impõe uma conduta obrigatória*. Só que essa conduta é um padrão para todos os sujeitos de direito e não apenas para as partes. Assim, a função social incide como prescrição para todas os agentes humanos que pretendem contratar (partes e terceiros).

O art. 421 cria uma proposição normativa que *aparentemente* não se refere a outras normas, mas a condutas baseadas na função social que têm a propriedade de ser obrigatória [o ou *ph*]. Afinal, trata-se de uma cláusula geral e, por isso, as condutas esperadas não são independentes de outras normas, pois uma conduta só tem o condão de ser obrigatória se houver sanção.

De tudo o que foi dito, para as conclusões que aqui se querem obter, é importante destacar que: 1) o art. 421 apresenta um modal deôntico, qual seja, [o ou *ph*]; 2) cuja inobservância implica em desfuncionalização do contrato; 3) já que aquilo que é o é, conseqüentemente, um *dever* [o ou *ph*]; e 4) que sendo descumprido terá alguma sanção como consequência  $\{F [S_1 \times S_2 \times (...)\ S_n] \rightarrow C_1 \times C_2 \times (...)\ C_n\}$ .

Esse ponto de vista permite melhor compreender o que representam alguns julgados que se pesquisou para dar como exemplos do reconhecimento desse aspecto prescritivo do art. 421. Vejamos alguns deles<sup>5</sup>:

No REsp. nº. 1.186.789/RJ, em que se discutia o alto valor da multa rescisória da cláusula de exclusividade de um âncora de telejornal com uma emissora, determinou-se sua “redução equitativa”. Entendeu o Tribunal que a liberdade de contratar de uma das partes (emissora) não pode ser exercida de tal modo a causar grave prejuízo econômico à outra (apresentador): “A evolução legislativa veio harmonizar a autonomia privada com o princípio da boa-fé objetiva e função social do contrato, instrumentário que proporcionará ao julgador a adequada redução do valor estipulado a título de cláusula penal, observada a moldura fática do caso concreto”. Em decorrência da cláusula geral, o juiz aplicou como consequência – confirmada pelo STJ – a redução da multa (sanção), já que o excessivo valor significaria locupletamento e isso extrapolaria os propósitos que se quer dar ao contrato. Em resumo, a liberdade que elevou

---

<sup>5</sup> Os resultados foram obtidos com a utilização do termo de busca “*clausula and geral and funcao and social and contrato*” no sistema de busca do site do Superior Tribunal de Justiça ([www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)).

excessivamente o valor da multa foi reduzida porque a função social não admite o locupletamento lesivo. O contratante estava obrigado a impor uma multa menor.<sup>6</sup>

No mesmo sentido do julgado anterior foi o AREsp. nº. 291.154/MG, que também entendeu pela redução de 50% da quantia da cláusula penal do contrato, que fez a interpretação determinada pelo art. 413 do Código Civil considerando equitativo o valor necessário a cumprir a função social.<sup>7</sup>

O REsp. nº. 1.051.270/RS é um típico caso de *substantial performance*. Entenderam os julgadores que pela função social não pode uma das partes exercer o direito de extinguir o contrato que resulta da cláusula resolutiva (art. 475). O relator interpretou que essa proibição de resolver o contrato pode ser lida na cláusula geral da função social quando “31 das 36 prestações contratadas, 86% da obrigação total (contraprestação e VRG parcelado) e mais R\$ 10.500,44 de valor residual garantido” já haviam sido garantidos ao credor: “É pela lente das cláusulas gerais previstas no Código Civil de 2002, sobretudo a da boa-fé objetiva e da função social, que deve ser lido o art. 475 [...]. Nessa linha de entendimento, a teoria do substancial adimplemento visa a impedir o uso desequilibrado do direito de resolução por parte do credor, preterindo desfazimentos desnecessários em prol da preservação da avença, com vistas à realização dos princípios da boa-fé e da função social do contrato”.<sup>8</sup>

### 3. A função social como dever

Em Hans Kelsen, a noção de *dever* aparece conectada estreitamente com a de sanção coativa, pois atribui à norma jurídica o significado de “mandamento, prescrição, uma ordem”. Entende que “o dever-ser — a norma — é o sentido de um querer, de um ato de vontade, e — se a norma constitui uma prescrição, um mandamento — é o sentido de um ato dirigido à conduta de outrem, de um ato, cujo sentido é que um outro (ou outros) deve (ou devem) conduzir-se de determinado modo”.<sup>9</sup> Todavia, isso não explica como diferenciar as normas jurídicas do restante de fenômenos normativos existentes no meio social. E, para tanto, Kelsen se utiliza da coação como o elemento básico definidor das normas jurídicas. A estrutura normativa, então, é construída sob a forma de um *juízo hipotético*, por causa da conseqüente sanção. “Así, la norma positiva puede definirse como un *juicio hipotético em cuyo consecuente se prevé un acto de coacción*,

<sup>6</sup> STJ, REsp. nº. 1.186.789/RJ, Quarta Turma, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. em 20/03/2014.

<sup>7</sup> STJ, AREsp. nº. 291.154/MG, Terceira Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. em 21/05/2015.

<sup>8</sup> STJ, REsp. nº. 1.051.270/RS, Quarta Turma, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. em 04/08/2011.

<sup>9</sup> KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986, pp. 01-03

*el que se encuentra enlazado con el antecedente por una relación imputativa no causal*".<sup>10</sup>

Para Georg H. von Wright, a distinção entre *ser* e *dever-ser* representa a diferença entre descrição e prescrição: as orações deônticas (dentre as quais se inclui a norma jurídica) são um tipo peculiar de discurso linguístico que emprega a prescrição e não a descrição. Explica que, na formulação normativa, a forma das palavras não é nem descritiva e nem "profética" ("predictiva"), mas sim *prescritiva*: "Si las normas, por definición, tienen por objeto que ciertas cosas deban o puedan ser, entonces todas las normas son también expresables en un lenguaje deôntico. Y creo que se puede decir que, desde el punto de vista de la comprensión de su lógica, es preferible que las normas sean expresadas así". O ser, portanto, tem caráter causal; o dever-ser, por outro lado, representa uma necessidade causal. "La función de las normas, podría decirse, es instar a la gente a que realice el ideal, hacer que actúe de forma tal que la descripción de lo real se aproxime a la descripción de lo ideal".<sup>11</sup>

Pode-se dizer que a função social como dever jurídico baseia-se no mecanismo da chamada "*pressão normativa*", que pode ser explicado da seguinte maneira: o fato de um sujeito se omitir ante o cumprimento das regras normalmente leva a consequências "desagradáveis" e é esse mecanismo que levará os indivíduos ao processo no qual aprendem a participar de práticas institucionalizadas.<sup>12</sup> A coercibilidade e coatividade da função social tem um papel pedagógico.

São exemplos de limitação e, conseqüentemente, deveres: 1) agir corretamente dentro de um arquétipo exemplar; 2) proteção do crédito; 3) publicidade do contrato de grande valor; 4) agir de acordo com as estipulações; 5) comutatividade, quando não se assumir álea; 6) vantagem exagerada para uma das partes (enriquecimento de uma às custas do empobrecimento da outra); 7) quebra da base objetiva do contrato; e 8) quebra da base subjetiva do contrato.<sup>13</sup>

A liberdade de contratar a que se refere o art. 421 não é apenas das partes nas negociações preliminares, na conclusão e na execução do contrato; ela incide em todas as fases do processo de contratação (fases pré-contratual, contratual e pós-contratual).

<sup>10</sup> RUSSO, Eduardo Angel. *Teoría general del derecho — en la modernidad y en la posmodernidad*. 2ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2001, p. 76.

<sup>11</sup> VON WRIGHT, Georg Henrik. Ser e deber ser. In.: AARNIO, Aulis; VALDÉS, Ernesto Garzón; y UUSITALO, Jyrki (comps.). *La normatividad del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1997, p. 94 e 100.

<sup>12</sup> LAGIER, Daniel González. *Acción y norma en G. H. von Wright*, ob. cit., ob. cit., p. 167.

<sup>13</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Anotado e Legislação Extravagante*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 336.



Deve-se agir de acordo com a função social porque em todas essas fases se manifesta a autonomia contratual.

Os limites à liberdade de contratar se referem a todos os sujeitos de direito que pretendem e podem contratar. Tal poder se estende não só às partes, mas a todos aqueles que, mesmo estranhos à relação contratual, podem manifestar sua vontade negocial. Dessa maneira, a limitação à liberdade de contratar também se aplica a terceiros, que no exercício de sua autonomia não podem agir de maneira inadequada, prejudicando que as partes alcancem seus objetivos.

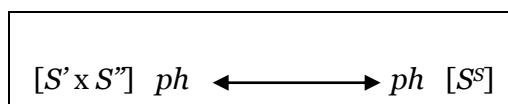
O art. 421 prevê um comportamento socialmente adequado para todas as vezes que se pretende exercer a liberdade de contratar e para todos aqueles que pretendem exercê-la, qualquer que seja a pessoa (partes ou terceiros).

Por essa razão, o terceiro que inadequadamente prejudica um contrato entre dois (ou mais) sujeitos atingir os objetivos individuais e sociais da contratação — quais sejam: circulação de riquezas, aquisição de propriedade e desenvolvimento socioeconômico — terá descumprido a norma do art. 421.

E o que significa descumprir esse dever? É que causar dano, haverá um ato ilícito (art. 186).

Então, as partes  $[S'$  e  $S'']$  de um determinado contrato são obrigadas (*o*) a contratar nos limites da função social de modo a não causar prejuízo a terceiros ( $S^s$ ). Só que *o*, nesse caso, não implica em uma conduta positiva, mas sim negativa. Os limites da função social impõem *deveres de abstenção*, quer dizer, os sujeitos estão obrigados (*o*) a se abster de determinadas condutas. Estão, portanto, *proibidos* (*ph*). Isso significa que: 1) a *norma jurídica* do art. 421 contém *o*; e 2) a *proposição normativa* do dispositivo é *ph*.

Da mesma forma,  $[S^s]$  também é *o* de agir nos termos da função social, de modo que está *ph* de prejudicar as partes contratantes, afinal, se assim não o for, o contrato em questão não atingirá suas finalidades individuais e sociais. Esquematizando estruturalmente a proposição normativa, tem-se:





Sendo:

- $[S' x S'']$ : o vínculo contratual entre dois sujeitos;
- $[S^S]$ : a sociedade (ou terceiros, mais especificamente, nos termos da teoria do terceiro cúmplice do inadimplemento);
- $ph$ : o modal deôntico de proibição (dever de abstenção) de conduta contrária aos efeitos contratuais típicos na esfera patrimonial das partes e na ordem socioeconômica, resultante de  $O$  agir de acordo com a função social; e
- $\longleftrightarrow$  : o functor/operador deôntico, que indica a direção de  $ph$ , ou seja, do dever de abstenção. Nesse caso, ele é recíproco, valendo tanto para as partes quanto para terceiros.

Quer dizer, a função social cria um *dever geral de não ingerência recíproca* para as partes e para terceiros. Esse dever tem como *modal deôntico* uma *proibição (ph)*: a de lesar a incolumidade dos interesses sociais (para as partes) e de lesar a incolumidade do interesse particular dos contratantes (para os terceiros).

Observe que na cláusula geral do art. 421 há um princípio que funciona como regra, pois se trata de valor que impõe conduta aos sujeitos do contrato. Nesse enunciado normativo, *o princípio é explícito e as regras são implícitas*.

A *desfuncionalização* do contrato é justamente a negativa daquele dever recíproco expresso na fórmula acima. Quer dizer, dado *não ph*, seja por  $[S' x S'']$  ou por  $[S^S]$ , a liberdade de contratar não foi exercida nos limites (deveres de abstenção) da função social. Daí que, se *não ph*, é porque uma conduta foi contrária ao ordenamento jurídico e a  $o$  prevista na norma do art. 421. Logo, caberá uma sanção, pois toda contrariedade a um comando comportamental implica em sanção (coatividade).

Como cláusula geral que é, o art. 421 traz uma carga de ambiguidade, mas se refere a situações específicas, que são aquelas típicas da contratação. Ocorre que nesses casos não se consegue prever todos os fatos que irão satisfazer os elementos essenciais da norma, de maneira que da sua formulação (*FN*) ambígua resultam vários significados normativos (*N*), o que pode se expressar da seguinte maneira, sendo “x” uma disjunção, ou seja, vários significados possíveis:

$$FN \rightarrow N_1 \times N_2 [\dots] \times N_n.$$

A diretriz comportamental e a sanção são construídas pelo juiz da forma que lhe parecer a mais adequada para o caso concreto, de modo que sua construção normativa será a seguinte:

$$H \rightarrow C$$

$$F [P_1 \times P_2 \times (\dots) P_n] \rightarrow C_1 \times C_2 \times (\dots) C_n$$

A fórmula expressa a indeterminação de  $H$ , que caracteriza as normas vagas, porque o legislador empregou em  $FN$  palavras ou expressões vagas. (*In casu*, “função social”). O fato ( $F$ ) não é indeterminado. Ao contrário, sabe-se sobre qual situação da vida ela se aplica. (*In casu*, as situações de exercício da liberdade de contratar, seja lá quem for que a exerça). Porém, aquele fato se relaciona a várias situações jurídicas ( $P$ ) decorrentes do vínculo relacional entre pessoas, oferecendo diversos significados ( $P_n$ ). No caso da função social, a cláusula geral do art. 421 se aplica à fase pré-contratual, à fase contratual, à fase pós-contratual, aos deveres das partes de não celebrarem contratos que atentam contra os interesses sociais e à conduta cooperativa em âmbito social, ao adimplemento e a terceiros que não podem se utilizar da sua liberdade para frustrar um contrato encaminhado ou já concluído. Por isso, existem várias situações ( $P_n$ ) que se relacionam com o fato e que o juiz deve identificar como sendo a situação da vida a que se aplicam e seu significado. A consequência ( $C$ ), assim como as situações-significados, também será indeterminada ( $C_n$ ). Nesse caso, dentre as várias  $C$  possíveis, o juiz adotará aquela que melhor solucionar, do seu ponto de vista equitativo, o caso concreto. Mas, lembre-se, que as referidas consequências ( $C_n$ ) não são oferecidas pelas  $FN$  na sua oração descritiva e nem na oração normativa. São concebidas sistematicamente pelo processo de interpretação judicial.

Desse modo, qual a sanção ( $C$ ) aplicada pela desfuncionalização do contrato decorrente do exercício da liberdade de contratar fora dos limites da função social?

No âmbito do Direito Civil, a conduta que descumpra um dever de incolumidade (não lesar interesses), causando prejuízo (patrimonial ou extrapatrimonial) configura o *ato*

*ilícito* (arts. 186 e 187), cuja consequência (C) é a *responsabilidade civil* (art. 927, *caput*). Também há *invalidade (nulidade ou anulabilidade)*, quando o ato jurídico *lato sensu* contrariar os valores e as prescrições legais (arts. 166, 167 e 171).

Mas, quando se fala em responsabilidade civil aqui, o seu sentido não é exclusivamente a reparação/indenização do prejuízo. É um erro apresentar a responsabilidade civil apenas na perspectiva reparação do prejuízo. A responsabilidade civil é, verdadeiramente, a *tutela do dano*.<sup>14</sup> Inclusive, o próprio Código Civil permite essa conclusão a partir da interpretação do *caput* do art. 12. Também leva a essa conclusão a tutela específica do Código de Processo Civil de 1973 (arts. 461 e 461-A) e do Código de Processo Civil de 2015 (arts. 497 a 501 e *caput* do art. 536). No CPC/2015 fala-se, ainda, em “tutela pelo resultado prático equivalente” (*caput* do art. 536). Fala-se em todas as tutelas possíveis do dano, quais sejam: *tutela reparatória (indenizatória ou compensatória)*, *tutela inibitória*, *tutela cessatória* e *tutela reintegratória*.

Vejamos alguns exemplos:

No que se refere ao dever das partes de não prejudicar terceiros, tem-se como o exemplo o REsp. nº. 468.062/CE, cuja ementa é a seguinte<sup>15</sup>:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – RECURSO ESPECIAL – SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO – FCVS – CAUÇÃO DE TÍTULOS – QUITAÇÃO ANTECIPADA – EXONERAÇÃO DOS MUTUÁRIOS – COBRANÇA SUPERVENIENTE PELA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, SUCESSORA DO BNH – DOCTRINA DO TERCEIRO CÚMPLICE – EFICÁCIA DAS RELAÇÕES CONTRATUAIS EM RELAÇÃO A TERCEIROS – Oponibilidade – TUTELA DA CONFIANÇA. 1. CAUSA E CONTROVÉRSIA. A causa (a lide deduzida em juízo) e a controvérsia (a questão jurídica a ser resolvida), para se usar de antiga linguagem, de bom e velho sabor

<sup>14</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis; LEÓN, Ponce de. *Derecho de daños*. Madrid: Civitas, 1999, pp. 100 e segs. Ver, também: HOFMEISTER, Maria Alice Costa. *O dano pessoal na sociedade de risco*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003; SAGNA, Alberto. *Il risarcimento del danno nella responsabilità precontrattuale*. Milano: Giuffrè, 2004; CRICENTI, Giuseppe. *Il danno non patrimoniale*. Padova: CEDAM, 1999; VALCAVI, Giovanni. *Sulla prevedibilità del danno da inadempienza colposa contrattuale*. Roma: Foro Italiano, 1990; BONILINI, Giovanni. *Il danno non patrimoniale*. Milano: Giuffrè, 1983; TUCCI, Giuseppe. *Il danno ingiusto*. Napoli: Jovene, 1970; e SCOGNAMIGLIO, Renato. *El daño moral: contribución a la teoría del daño extracontractual*. Tr. y notas de Fernando Hinestrosa. Bogota: Universidad Externado de Colombia, 1962.

<sup>15</sup> STJ, REsp. nº. 468.062/CE, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, j. em 11/11/2008.

medieval, ainda conservada no direito anglo-saxão (*cause and controverse*), dizem respeito à situação jurídica de mutuários em relação à cessão de títulos de crédito caucionados entre o agente financeiro primitivo e a Caixa Econômica Federal – CEF, sucessora do BNH, quando se dá quitação antecipada do débito. A CEF pretende exercer seus direitos de crédito contra os mutuários, ante a inadimplência do agente financeiro originário. Ausência de precedentes nos órgãos da Primeira Seção.

2. PRINCÍPIO DA RELATIVIDADE DOS EFEITOS DO CONTRATO – DOCTRINA DO TERCEIRO CÚMPLICE – TUTELA EXTERNA DO CRÉDITO. O tradicional princípio da relatividade dos efeitos do contrato (*res inter alios acta*), que figurou por séculos como um dos primados clássicos do Direito das Obrigações, merece hoje ser mitigado por meio da admissão de que os negócios entre as partes eventualmente podem interferir na esfera jurídica de terceiros – de modo positivo ou negativo –, bem assim, tem aptidão para dilatar sua eficácia e atingir pessoas alheias à relação *inter partes*. As mitigações ocorrem por meio de figuras como a doutrina do terceiro cúmplice e a proteção do terceiro em face de contratos que lhes são prejudiciais, ou mediante a tutela externa do crédito. Em todos os casos, sobressaem a boa-fé objetiva e a função social do contrato.

3. SITUAÇÃO DOS RECORRIDOS EM FACE DA CESSÃO DE POSIÇÕES CONTRATUAIS. Os recorridos, tal como se observa do acórdão, quitaram suas obrigações com o agente financeiro credor – TERRA CCI. A cessão dos direitos de crédito do BNH – sucedido pela CEF – ocorreu após esse adimplemento, que se operou inter partes (devedor e credor). O negócio entre a CEF e a TERRA CCI não poderia dilatar sua eficácia para atingir os devedores adimplentes.

4. CESSÃO DE TÍTULOS CAUCIONADOS. A doutrina contemporânea ao Código Civil de 1916, em interpretação aos arts. 792 e 794, referenda a necessidade de que sejam os devedores intimados da cessão, a fim de que não se vejam compelidos a pagar em duplicidade. Nos autos, segundo as instâncias ordinárias, não há prova de que a CEF haja feito esse ato de participação.

5. DISSÍDIO PRETORIANO. Não se conhece da divergência, por não-observância dos requisitos legais e regimentais. Recurso especial conhecido em parte e improvido.

Conforme consta no Relatório do Ministro Humberto Martins, o recurso versa sobre um contrato de mútuo habitacional firmado entre particular e Terra Companhia de Crédito Imobiliário (Terra CCI), agente financeiro vinculado ao extinto BNH (Banco Nacional de Habitação), sucedido pela CEF (Caixa Econômica Federal). O referido particular cedeu sua posição contratual para outrem por força de escritura de compra e venda, lavrada aos 30/10/1989. Na escritura ficou consignado a existência de caução hipotecária dada ao BNH por TERRA CCI, por meio de endosso em cédula hipotecária.

Os cessionários quitaram antecipadamente o saldo devedor em 27/03/1991 passada por Terra CCI em 24/06/1997. Na ocasião, foi autorizado o levantamento da hipoteca, mas não foi extinto o direito real de caução sobre crédito hipotecário, de titularidade da CEF contra a Terra CCI, que gravava o imóvel adquirido. Por essa razão, optou o cessionário por ingressar com ação ordinária contra a CEF, a fim de liberá-lo do ônus real.

A CEF firmou contrato de novação e outros pactos com TERRA CCI, que se encontrava em liquidação extrajudicial. Por esse negócio jurídico, a CEF adquiriu o direito real de garantia pelos créditos hipotecários de titularidade da Terra CCI a serem exercidos contra os mutuários do SFH. Dentre esses direitos, encontrava-se a caução hipotecária constituída sobre o imóvel do cessionário. O inadimplemento das obrigações pela Terra CCI ante à CEF gerou a esta a pretensão de se opor ao levantamento do gravame de caução.

Em primeiro grau, decidiu-se pela ineficácia do negócio jurídico celebrado entre a CEF e a Terra CCI em relação a terceiros, dada a ausência de comunicação prévia. O fato de haver registro do título não implicava presunção de conhecimento.

Ainda segundo o Relatório, o acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, que conservou a sentença, entendeu que os recorridos cumpriram suas obrigações perante o credor, não sendo lícito mantê-los vinculados por efeito de inadimplemento da Terra CCI para com a CEF.

O recurso no STJ versa sobre a questão de saber se o cessionário pode ser considerado liberado do gravame após a quitação de suas obrigações, apesar de persistirem vínculos de seu credor com a CEF.

O Relator entendeu que a proteção à boa-fé objetiva e à função social do contrato quebra a higidez do princípio da relatividade dos efeitos do contrato. Pela necessidade de proteção à função social é possível dilatação eficaz em relação a terceiros. Por óbvio que tais efeitos não podem prejudicar quem nada tem a ver com o contrato. Sendo assim, nada mais restou ao Relator a não ser reconhecer que o negócio entre a CEF e a Terra CCI não poderia dilatar sua eficácia para atingir os devedores adimplentes: “considero que, independentemente do teor da lei, a aplicação dos princípios relativos à proteção das relações jurídicas em face de terceiros é fundamento suficiente, ao lado da função social e da boa-fé objetiva, para impedir a responsabilização dos recorridos”.

Tanto assim que situações análogas a essa se repetiram e levaram o STJ a editar a Súmula nº. 308: “A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel”.

O exemplo de quando terceiro não pode prejudicar o vínculo entre duas partes é o já famoso caso “Zeca Pagodinho” e as cervejarias Schincariol e AmBev. Zeca contratou com a agência de publicidade Fischer América para ser “garoto propaganda” de comercial da cerveja Nova Schin na televisão. Porém, Zeca foi aliciado pela agência África, que fazia a campanha publicitária da cerveja Brahma (AmBev). Zeca Pagodinho fez comerciais para a Brahma semanas após aparecer na TV fazendo a propaganda da Nova Schin. Além da violação de cláusula contratual de exclusividade e fidelidade, Zeca também agiu de maneira considerada antiética e a Nova Schin entendeu que haveria repercussão jurídica por violação, também, da função social do contrato.

O Tribunal de Justiça do Estado São Paulo proferiu acórdão favorável à pretensão da Nova Schin/Agência Fischer de ser indenizada pela AmBev/Agência África pelos danos sofridos em razão da ruptura do contrato. Foi o reconhecimento da ilicitude da interferência do terceiro no contrato. Veja<sup>16</sup>:

INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, MORAIS E À IMAGEM –  
Empresa –autora que foi prejudicada pelo aliciamento do principal  
artista de sua campanha publicitária por parte da empresa-ré –  
Improcedência da demanda – Inconformismo – Acolhimento parcial

---

<sup>16</sup> TJSP, Apelação Cível nº. 9112793-79.2007.8.26.0000, 5ª. Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Mônaco da Silva, j. em 12/06/2013.

– Requerida que cooptou o cantor, na vigência do contrato existente entre este e a autora – Veiculação de posterior campanha publicitária pela ré com clara referência ao produto fabricado pela autora – Não observância do princípio da função social do contrato previsto no art. 421 do Código Civil – Concorrência desleal caracterizada – Inteligência do art. 209 da Lei nº 9.279/96 – Danos materiais devidos – Abrangência de todos os gastos com materiais publicitários inutilizados (encartes e folders) e com espaços publicitários comprovadamente adquiridos e não utilizados pela recorrente, tudo a ser apurado em liquidação – Dano moral – Possibilidade de a pessoa jurídica sofrer dano moral – Súmula 227 do Colendo Superior Tribunal de Justiça – Ato ilícito da requerida que gerou patente dano moral e à imagem da requerente - Sentença reformada – Ação procedente em parte – Recurso parcialmente provido.

O caso foi levado ao Superior Tribunal de Justiça, que acolheu a tese da parte prejudicada pelo aliciamento do terceiro, de modo a responsabilizar este pelos danos sofridos pela outra<sup>17</sup>:

RECURSOS ESPECIAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL. CONCORRÊNCIA DESLEAL. INTERVENÇÃO EM CONTRATO ALHEIO. TERCEIRO OFENSOR. VIOLAÇÃO À BOA-FÉ OBJETIVA. LEGITIMIDADE PASSIVA DO SÓCIO ECERCEAMENTO DE DEFESA. ÓBICE DA SÚMULA 7<sup>STJ</sup>. INDENIZAÇÃO POR LUCROS CESSANTES. OBRIGAÇÃO ALTERNATIVA. APLICAÇÃO DO ART. 571<sup>DO</sup> CPC. DANOS MORAIS. INOCORRÊNCIA NO CASO. PESSOA JURÍDICA. AUSÊNCIA DE OFENSA À HONRA OBJETIVA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. VALOR FIXO. DESCABIMENTO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. 1. Ação de reparação de danos em que se pleiteia indenização por prejuízos materiais e morais decorrentes da contratação do protagonista de campanha publicitária da agência autora pela agência concorrente, para promover produto de empresa concorrente. [...]. 5. Concorrência desleal caracterizada. 6. Aplicação dos ditames derivados do princípio da boa-fé objetiva ao comportamento do terceiro ofensor. 7. Cabimento da liquidação do

<sup>17</sup> STJ, REsp. nº. 1.316.149 – SP (2012/0059884-0), 3ª Turma, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. em 03/06/2014.



julgado segundo ambos os critérios previstos no art.210, incisos I e II, da Lei de Propriedade Industrial, para assegurar ao credor a possibilidade de escolha do critério que lhe seja mais favorável. Vencido o relator. 8. A pessoa jurídica pode sofrer dano moral (Súmula 227/STJ). 9. Ocorrência de dano moral à pessoa jurídica no caso concreto. Vencido o relator. 10. Arbitramento de honorários advocatícios em percentual da condenação. 11. RECURSO ESPECIAL DE ÁFRICA SÃO PAULO PUBLICIDADE LTDA DESPROVIDO E RECURSO ESPECIAL DE FISCHER AMÉRICA COMUNICAÇÃO TOTAL LTDA E ALL-E ESPORTES E ENTRETENIMENTO LTDA PROVIDO, EM PARTE.

No julgamento negou-se provimento ao Recurso Especial da África São Paulo Publicidade Ltda., reconhecendo: 1) a dilação eficaz que cria uma situação jurídica entre terceiros e as partes; e 2) que terceiros estão submetidos a limites típicos da função social no exercício de sua liberdade de contratar, confirmando a fundamentação teórica dada acima.

#### **4. Conclusão**

A função social do contrato é uma cláusula geral da qual decorre um conjunto de deveres de proteção da liberdade de contratar. Tais deveres indicam o parâmetro para o correto exercício da livre iniciativa das pessoas, sem que a liberdade de um interfira ilícitamente na esfera jurídica do outro. Tais deveres se destinam às partes e a terceiros de um vínculo contratual.

Se há deveres, então, há uma situação jurídica entre as partes de um contrato e aqueles que não participaram do processo de negociações preliminares, a que se convencionou designar de *terceiros*. A relativização do princípio *res inter alios acta, aliis nec nocet nec prodest*, que aconteceu com a funcionalização social do contrato, levou a uma releitura da teoria do sujeito de direito obrigacional, de tal modo que o terceiro não é mais um “estranho” (*penitus extraneus*) ao vínculo contratual. Quer dizer, um contrato cria uma situação jurídica entre as partes envolvidas e uma segunda situação jurídica entre essas partes e terceiros.

Em toda situação jurídica existem posições ativas (direitos) e passivas (deveres). No caso específico da obrigação contratual, os direitos e deveres giram em torno da

incolumidade patrimonial das partes e dos terceiros. Deveres de proteção impedem a interferência recíproca de modo a causar dano ao patrimônio ou aos interesses pessoais de cada um deles.

O Direito Civil sempre se preocupou com o exercício da liberdade de contratar de maneira responsável. No caso do Código Civil brasileiro, tal preocupação foi refletida, por exemplo, em proibições e requisitos que serão determinantes na validade dos negócios jurídicos, como ocorre nos vícios da vontade (arts. 138 a 168 e art. 167). E o Código foi além, marcando a limitação e a responsabilidade no exercício de tal vontade por meio de outros requisitos, como a boa-fé objetiva e a função social.

A função social serve a *good performance* (“boa performance”) do contrato, de modo que alcance seus fins sociais, típicos e individuais, mas dentro de um “*jogo limpo*” no âmbito do contrato. A ausência dessa razão no agir constitui o chamado *individualismo predatório* do exercício da autonomia contratual.

A função social está a serviço da nossa liberdade. Temos e precisamos de *liberdade*, mas ser livre e voluntarioso requer e depende de *responsabilidade*.

## 5. Bibliografia

- ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. 4ª reimpressão. Buenos Aires: Astrea, 2002.
- BONILINI, Giovanni. *Il danno non patrimoniale*. Milano: Giuffrè, 1983.
- BULYGIN, Eugenio; MENDONCA, Daniel. *Normas y sistemas normativos*. Madrid: Marcial Pons, 2005.
- CRICENTI, Giuseppe. *Il danno non patrimoniale*. Padova: CEDAM, 1999.
- DÍEZ-PICAZO, Luis; LEÓN, Ponce de. *Derecho de daños*. Madrid: Civitas, 1999.
- HOFMEISTER, Maria Alice Costa. *O dano pessoal na sociedade de risco*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986.
- LAGIER, Daniel González. *Acción y norma en G. H. von Wright*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- NERY JÚNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Anotado e Legislação Extravagante*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- RUSSO, Eduardo Angel. *Teoria general del derecho — en la modernidad y en la posmodernidad*. 2ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2001.

SAGNA, Alberto. *Il risarcimento del danno nella responsabilità precontrattuale*. Milano: Giuffrè, 2004.

SCOGNAMIGLIO, Renato. *El daño moral: contribución a la teoría del daño extracontractual*. Tr. y notas de Fernando Hinestrosa. Bogota: Universidad Externado de Colombia, 1962.

TUCCI, Giuseppe. *Il danno ingiusto*. Napoli: Jovene, 1970.

VALCAVI, Giovanni. *Sulla prevedibilità del danno da inadempienza colposa contrattuale*. Roma: Foro Italiano, 1990.

VON WRIGHT, Georg Henrik. Ser e deber ser. In.: AARNIO, Aulis; VALDÉS, Ernesto Garzón; UUSITALO, Jyrki (comps.). *La normatividad del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1997.

civilistica.com

Recebido em: 26.11.2017

Aprovado em:

27.02.2018 (1º parecer)

14.03.2018 (2º parecer)

**Como citar:** SILVESTRE, Gilberto Fachetti. A função social como limite do contrato: contribuição para a aplicação judicial do art. 421 do Código Civil. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 7, n. 1, 2018. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-funcao-social-como-limite-do-contrato/>>. Data de acesso.