

Artigos

Recebido: 01.09.2018

Aprovado: 04.09.2018

DOI <http://dx.doi.org/10.18316/REDES.v6i2.5047>

* Universidade Federal de Pernambuco,
Recife, PE

** Universidade Federal de Alagoas,
Maceió, Alagoas



A função social na experiência brasileira e seu impacto na ressignificação da liberdade contratual nos 30 anos da CF/88

*Gustavo Henrique Baptista Andrade**

*Marcos Augusto de Albuquerque Ehrhardt Júnior***

Resumo: Centrado na temática da funcionalização dos institutos de direito privado, o presente trabalho versa mais especificamente acerca da função social, princípio constitucional vinculado ao direito de propriedade e conseqüentemente ao contrato, instrumento maior da circulação de bens. Com forte carga contingencial histórica e espacial, a função social ingressa no ordenamento jurídico brasileiro por intermédio das Constituições do século XX. Insculpido no Código Civil de 2002 (art. 421), o princípio da função social do contrato prescreve compromissos em prol da comunidade, não só impondo limites, mas às vezes restringindo a própria possibilidade de contratar, o que é corroborado pelo parágrafo único do art. 2.035 do mesmo Código. A perspectiva funcional permite então uma ressignificação das tradicionais categorias do direito privado seguindo a tábua axiológica constitucional, construindo respostas adequadas aos mais variados casos concretos.

Palavras-chave: Direito Privado; Ressignificação; Função Social; Contrato.

The social function in the brazilian experience and its impact on the re-signification of contractual freedom in the 30 years of the 88 Constitution

Abstract: With central theme on the functionalization of institutes of private law, the present paper deals more specifically on the social function, constitutional principle linked to the right of property and consequently to the contract, instrument of the circulation of goods. Following a strong historical and spacial contingency, the social function enters in the Brazilian legal order through the Constitutions of the twentieth century. The principle of the social function of the contract inscribed in the 2002 Civil Code (article 421), prescribes commitments for the community, not only imposing limits, but sometimes restricting the possibility of contracting, which is corroborated by the paragraph in the article 2.035 of the same Code. The functional perspective allows a re-signification of the traditional categories of private law following the constitutional axiological table, constructing adequate answers to the most varied concrete cases.

Key words: Private Law; Re-signification; Social function; Contract.

Introdução: os antecedentes da função social na experiência brasileira

A funcionalização dos institutos de direito privado transformou-os, dando-lhes nova significação. O presente trabalho tem seu eixo temático na função social, princípio constitucional extremamente ligado ao direito patrimonial, dado o comando do art. 5º, inciso XXIII, da Constituição da República, mas não menos comprometido com as situações jurídicas existenciais. A funcionalização dos direitos de uma maneira geral e a função social de forma específica possuem forte carga contingencial por seu curso histórico, mais precisamente dos últimos 250 anos, inicialmente quando da criação do Estado liberal e mais tarde quando da passagem para o Estado social, o que se consolidou no decorrer do século XX.

Autores há que atribuem à própria dogmática jurídica uma função social. Neste sentido, além de determinar as condições de cognoscibilidade da elaboração dogmática, busca-se indicar as relações entre seus processos cognoscitivos e a própria realidade social à qual é dirigida¹.

Após a Primeira Guerra, mais do que mero estímulo ideológico, as reflexões acerca dos problemas ligados ao desenvolvimento social passaram a ser objeto e diretriz da investigação científica. Neste momento, a determinação do conceito de função social deixou de modelar-se em motivações de ordem moral, ideológica ou política, para adquirir autonomia científica.

Também no decorrer do século passado, houve forte influência da Doutrina Social da Igreja na funcionalização dos direitos, em especial o direito de propriedade. De fato, o Compendio da Doutrina Social da Igreja, documento editado no Vaticano pelo Papa João Paulo II no ano de 2004², prescreve em seu item 178 que “*o ensinamento social da Igreja exorta a reconhecer a função social de qualquer forma de posse privada, com a clara referência às exigências imprescindíveis do bem comum*”. Este documento, como o próprio nome indica, contém trechos de outros importantes documentos produzidos pela Igreja no século XX, entre eles e os mais relevantes no concernente à propriedade funcionalizada, a Carta Encíclica *Quadragesimo Anno* (Papa Pio XI, 1931)³; a Carta Encíclica *Mater et Magistra* (Papa João XXIII, 1961)⁴; e o Discurso à Terceira Conferência Geral do Episcopado Latino-Americano, proferido pelo Papa João Paulo II em Puebla, México, já em 1979⁵. A propósito dos precedentes mais relevantes do conceito moderno de função social, a concepção cristã da propriedade é a primeira que atrai a atenção de quem inicia os estudos sobre este tema.

Um texto sobre função social impõe ao autor trabalhar sobre o *topos* da propriedade, seja pela sua inserção como princípio na Constituição, como é o caso do Brasil e da Itália⁶, seja pela forte ligação que

¹ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 8.

² Disponível em: http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/justpeace/documents/rc_pc_justpeace_doc_20060526_compendio-dott-soc_po.html. Acesso em 23.3.2018.

³ Disponível em: https://w2.vatican.va/content/pius-xi/pt/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragesimo-anno.html. Acesso em 23.3.2018.

⁴ Disponível em: http://w2.vatican.va/content/john-xxiii/pt/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_15051961_mater.html. Acesso em 23.3.2018.

⁵ Disponível em: http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/speeches/1979/january/documents/hf_jp-ii_spe_19790128_mexico-puebla-episc-latam.html. Acesso em 23.3.2018.

⁶ “Art. 42. A propriedade é pública ou privada. Os bens económicos pertencem ao Estado, ou a entidades, ou a particulares. A propriedade privada é reconhecida e garantida pela lei, que determina as suas formas de aquisição, de posse e os limites, no intuito de assegurar a sua função social e de torná-la acessível a todos. A propriedade privada pode ser, nos casos previstos pela

da República. Além dos dispositivos acima mencionados, está presente também de maneira expressa na política urbana (art. 182, *caput*), na política agrária e fundiária e na reforma agrária (arts. 184 e 186, CR). A Constituição de 1988 inaugura dessa maneira uma nova concepção da propriedade, não mais atrelada ao indivíduo exclusivamente, mas funcionalizada à justiça social¹⁶.

O contexto acima apresentado permite extrair algumas premissas que servirão como orientação para o restante das ideias que serão desenvolvidas no presente trabalho: (i) os direitos subjetivos privados não se confinam no âmbito individual de seus titulares, projetando-se no ambiente social, numa simbiose que contribui decisivamente para a conformação de seus significados; (ii) o lugar e o tempo são elementos determinantes para compreensão do sentido de função social, pois o intérprete deve levar em conta os valores sociais dominantes na época e no espaço da concretização do conteúdo do referido princípio nas relações entre particulares, tanto sob perspectiva interna (entre os próprios figurantes), quanto em perspectiva externa (entre os figurantes e o corpo social).

Função social do contrato e funcionalização dos institutos de direito privado

Ao sustentar que qualquer contrato repercute no ambiente social, “*ao promover peculiar e determinado ordenamento de conduta e ao ampliar o tráfico jurídico*”, Paulo Lôbo reconhece o princípio da função social, nos termos do comando do art. 421 do Código Civil, como a mais importante inovação do direito contratual brasileiro, pois a ele compete especializar, no âmbito das relações negociais, o princípio constitucional da justiça social¹⁷.

O princípio da justiça social não se realiza sem a consideração das circunstâncias existentes, pois é justiça promocional, no sentido de promover as reduções das desigualdades materiais na sociedade. Toda atividade econômica grande ou pequena, que se vale dos contratos para a consecução de suas finalidades, somente pode ser exercida “conforme os ditames da justiça social” (CF, art. 170). Conformidade não significa apenas limitação externa, mas orientação dos contratos a tais fins. Em outras palavras, a atividade econômica é livre, no Brasil, mas deve ser orientada para realização da justiça social. É neste quadro amplo que se insere o princípio da função social dos contratos (...) Quando o contrato, especialmente inserido em atividade econômica, ou parte dele, não puder ser interpretado em conformidade com o princípio constitucional da justiça social e o princípio decorrente da função social, deve ser considerado nulo¹⁸.

¹⁶ Não há que se confundir função social com interesse social, o que não é incomum. Interesse social, como a própria expressão aponta, está ligado ao interesse de um grupo, traduzido em um conjunto de condições limitativas que, de um modo ou de outro, condicionam e restringem o uso e gozo de bens públicos e privados. Interesse social é um conceito afeto ao direito administrativo, posto que se materializa por intermédio de ações do Estado, como o poder de polícia ou a expropriação de bens de particulares, entre outras. A função social é um princípio constitucional de forte impacto nas relações privadas, no tráfico jurídico, na circulação de bens, na ordem econômica enfim. Embora expressamente vinculada à propriedade, como é de ver-se do próprio texto constitucional (arts. 5º, XXIII e 170, III), trata-se do condicionamento das situações jurídicas de direito privado ao projeto constitucional do Estado social brasileiro, que tem por fundamento, entre outros, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais da livre iniciativa na busca de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), baseada em uma ordem econômica que tem por fim assegurar a todos existência digna, na conformidade da justiça social (art. 170, *caput*). De uma maneira geral, traduz-se pela funcionalização das estruturas de direito privado à justiça social (Cf. SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 272).

¹⁷ LOBO, Paulo. **Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 65-6.

¹⁸ LOBO, Paulo. **Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 66.

Da transcrição acima é possível extrair que a noção de função social é algo exterior ao contrato que a ele se integra, independentemente da vontade das partes, pois não se pode vislumbrar sua aplicação como algo supletivo ou excepcional, na medida em que configura a expressão de um dever geral de conduta que não pretende eliminar a autonomia contratual, mas reduzir seu alcance quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana¹⁹. Neste particular, cumpre destacar o caráter ambivalente do contrato, pois embora produto da convergência de interesses particulares, sempre repercute no âmbito social, seu local de execução²⁰.

Têm-se então dimensões distintas que devem ser observadas quando da análise da função social, que tanto deve ser considerada na dimensão singular do vínculo negocial intersubjetivo (interesse imediato), quanto na dimensão coletiva, que não se confunde com o interesse público (da administração), que eventualmente pode até estar presente, mas que não tem vínculo direto com a função social do contrato (interesse mediato)²¹.

Ao comentar a redação conferida ao art. 421 do Código Civil Brasileiro, Caio Mário da Silva Pereira destaca que o contrato “*ainda existe para que as pessoas interajam com a finalidade de satisfazerem seus interesses*”, servindo a função social como limite à autonomia da vontade “*quando tal autonomia esteja em confronto com o interesse social e este deve prevalecer, ainda que essa limitação possa atingir a própria liberdade de não contratar, como ocorre nas hipóteses de contrato obrigatório*”²².

Há quem vislumbre em tal dever apenas uma mitigação do clássico princípio da relatividade dos efeitos do contrato, cuja aplicação estaria adstrita a situações em que terceiros estivessem sendo prejudicados pelo que foi pactuado. A função social estaria, neste prisma, relacionada a consequências meramente externas, não surtindo efeito algum na relação direta entre os contratantes.

¹⁹ Cf. Enunciado 23 das Jornadas de Direito Civil do CJF. Diferentemente do sistema jurídico brasileiro, no qual o princípio da função social da propriedade e da justiça social têm forte ligação com a dignidade da pessoa humana, já que princípios fundantes do ordenamento, a *common law* da Inglaterra, país de economia liberal e de mercado, procura distanciar os dois paradigmas. A doutrina inglesa, na verdade, faz uma separação rigorosa entre a dignidade da pessoa humana e a ordem social de uma maneira geral. A dignidade humana (*human dignity*) encontra vasto campo de aplicação nos direitos humanos, tendo como fonte mais recente a Convenção europeia de Direitos Humanos, implementada no Reino Unido em outubro de 2000. De acordo com Conor Gearty, direitos sociais e econômicos fazem parte de uma visão atraente de dignidade, e dada a vagueza com que esses direitos sociais e econômicos são expressados, poderiam encorajar e trazer à tona litígios caros e demorados junto aos órgãos públicos, além da outorga de demasiado poder aos tribunais, o que seria antidemocrático. (GEARTY, Conor. Socio-economic rights, basic needs, and human dignity: a perspective from law's front line. In: MCCRUDDEN, Christopher (Ed.). **Understanding human dignity**. Oxford: University Press, 2014. p. 164).

²⁰ Para Caio Mário, a acepção mais moderna da função social do contrato não é a de exclusivamente atender aos interesses das partes contratantes, como se ele tivesse existência autônoma, fora do mundo que o cerca. Entende o citado autor que o contrato deve ser visto como “*parte de uma realidade maior e como um dos fatores de alteração da realidade social*”. A partir deste raciocínio, é possível construir as bases para o reconhecimento da interferência de terceiros na relação negocial, em razão de serem direta ou indiretamente por ela atingidos (Cf. **Instituições de Direito Civil. Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 13).

²¹ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Elementos para interpretação da liberdade contratual e função social: o problema do equilíbrio econômico e da solidariedade social como princípios da teoria geral dos contratos. In MARTINS-COSTA, Judith. **Modelos de Direito Privado**. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 268. Um pouco mais adiante, o autor destaca que faz parte do interesse social a “*preservação do mercado e das normas básicas que garantem a integridade da autonomia privada, da qual o contrato é o instrumento essencial para que se possa promover a circulação de bens e serviços, com segurança jurídica e previsibilidade. E para o exercício de uma ‘função de proteção’, o direito contratual cria regras tendentes a tutelar certas categorias de contraentes quanto elas ‘se encontram numa situação que tipicamente as impossibilita de uma autotutela dos seus interesses, sob responsabilidade própria*” (p. 270).

²² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil. Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 12.

Neste particular vale o alerta de Humberto Theodoro Júnior, que sustenta não ser razoável “*suscitar desvio de função social quando a deslealdade de um contratante prejudicar os interesses apenas do outro*”²³. A solução para os casos de abuso interindividual ficaria adstrita ao campo da boa-fé objetiva, sendo legitimado para buscar tutela jurídica do Estado apenas o lesado. Nada obstante, preferimos nos filiar à corrente que busca a funcionalização do princípio da solidariedade através do dever de realizar a função social do contrato, perspectiva que reduz sua obrigatoriedade e prescreve compromissos em prol da comunidade, não só impondo limites, mas às vezes restringindo a própria possibilidade de contratar²⁴.

Neste sentido, o parágrafo único do art. 2.035 do Código Civil, norma de ordem pública, prescreve 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*”. Tal dispositivo aplica-se inclusive aos atos jurídicos constituídos antes da entrada em vigor do CC/02, no que concerne aos seus efeitos, produzidos após a vigência deste, conforme explicitado no Enunciado 300 das Jornadas de Direito Civil²⁵.

Este também parece ser o entendimento de Luiz Edson Fachin, que durante a realização das III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, foi autor de proposta de enunciado no seguinte sentido:

A função social dos contratos, prevista no art. 421 do novo Código Civil e definida como preceito de ordem pública no parágrafo único do art. 2.035 do mesmo Diploma legal, é condição de validade dos atos e negócios jurídicos em geral, cujo cumprimento pode ser averiguado *ex officio* pelo juiz²⁶.

Apesar de o enunciado não ter sido aprovado, importante destacar a justificativa então formulada, que representa entendimento consolidado da melhor doutrina sobre o tema:

Debate-se no Brasil o sentido e o alcance dos contratos à luz do Direito contemporâneo. Presentemente, a função social dos contratos é um preceito de ordem pública. Inválido, por isso, será qualquer negócio ou ato jurídico que contrariar essa disposição (...) Esse princípio legal é aplicável a todas as espécies de contratos, tanto de Direito Privado quanto de Direito Público, em razão de já não existir espaço, no campo jurídico atual, para a separação absoluta entre o público e o privado. (...) Por conseguinte, aos contratos em geral se impõem os limites da função social, que passa a ser o sentido orientador da liberdade de contratar, pilar e espelho da sociedade brasileira

²³ THEODORO JUNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 37-40.

²⁴ Da leitura conjunta dos Enunciados 21 e 360 das Jornadas de Direito Civil do CJF podemos extrair que o princípio da função social dos contratos, além de constituir “*cláusula geral a impor a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros também pode ter eficácia interna entre as partes contratantes*”. Enfim, reforça o princípio de conservação do negócio jurídico, implicando a tutela externa do crédito. Flávio Tartuce aponta diversas situações em que entende ser possível vislumbrar a eficácia interna da função social dos contratos, a saber: (a) mitigação da força obrigatória do contrato, (b) proteção da parte vulnerável da relação contratual, (c) vedação da onerosidade excessiva, (d) tendência de conservação contratual, mantendo a autonomia privada, (e) proteção de direitos individuais relativos à dignidade humana; (f) nulidade de cláusulas contratuais abusivas por violadoras da função social. Além disso, o referido autor aponta que a eficácia externa pode ser extraída das hipóteses de proteção de direitos metaindividuais e difusos, como também nas questões relacionadas à função socioambiental dos negócios jurídicos. (TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. Rio de Janeiro, Forense, 2018. p. 75).

²⁵ “A lei aplicável aos efeitos atuais dos contratos celebrados antes do novo Código Civil será a vigente na época da celebração; todavia, havendo alteração legislativa que evidencie anacronismo da lei revogada, o juiz equilibrará as obrigações das partes contratantes, ponderando os interesses traduzidos pelas regras revogada e revogadora, bem como a natureza e a finalidade do negócio”.

²⁶ O caderno com o inteiro teor das propostas está disponível on line: <http://www.cabazon.com.br/Enunciados/III%20Jornada%20de%20Direito%20Civil.pdf>. Acesso 02.6.2018.

contemporânea. Novos tempos traduzem outro modo de apreender tradicionais institutos jurídicos. Não se trata de aniquilar a autonomia privada, mas sim de superar o ciclo histórico do individualismo exacerbado, substituindo-o pela coexistencialidade. Quem contrata não mais contrata apenas com quem contrata, eis aí o móvel que sinaliza, sob uma ética contratual contemporânea, para a solidariedade social. Probidade e boa-fé são princípios obrigatórios nas propostas e negociações preliminares, na conclusão do contrato, assim em sua execução, e mesmo depois do término exclusivamente formal dos pactos. Desse modo, quem contrata não mais contrata tão só o que contrata, via que adota e oferta um novo modo de ver a relação entre contrato e ordem pública. O equilíbrio entre justiça e segurança jurídica provoca a compreensão desse cenário jurídico. O desafio é decodificá-lo para construir o futuro, que não deve se resumir a um requestrar do passado. Assim, no debate sobre a validade e a eficácia dos contratos no Direito brasileiro, está presente um sistema de valores que contrapesa, no Direito, a justiça e seu avesso à validade da função social como preceito de ordem pública²⁷.

Num sistema aberto e complexo como este em que vivemos, a busca pelo conteúdo normativo dos preceitos constitucionais passa por uma reconstrução dogmática que reconhece a insuficiência da compreensão do sistema jurídico como algo estático que prestigia, apenas e tão somente, a pureza conceitual de categorias abstratas. O compromisso da nossa sociedade é com a dignidade da pessoa humana, que necessita ser incorporada à própria racionalidade da legislação infraconstitucional; esta passa a ser lida através de uma matriz tópico-sistemática atenta à realidade social²⁸ e promotora da liberdade substancial e da autonomia existencial na legalidade constitucional²⁹.

Dessa forma, a ordem econômica constitucional incide no âmbito contratual, não para eliminar a autonomia privada negocial, senão para determinar parâmetros para o seu exercício, que não se resolve em posições extremadas que defendem a “economia do mercado” ou, por outro lado, a “economia sem mercado”, mas que se equilibra num arranjo dinâmico, fruto do ponto médio entre as tensões da dialética dos interesses particulares quando contrapostos aos interesses sociais³⁰.

²⁷ O caderno com o inteiro teor das propostas está disponível on line: <http://www.cabazon.com.br/Enunciados/III%20Jornada%20de%20Direito%20Civil.pdf>. Acesso 02.6.2018.

²⁸ Ao comentar acerca da socialidade do contrato, Gerson Branco sustenta que ela estaria vinculada à característica de transposição do fato social como fonte de deveres jurídicos. Afirma o citado autor que “a socialidade não está presente no ordenamento somente pela função social do contato, mas também pela força atribuída aos usos e costumes e para as cláusulas de estilo, que também na condição de modelos dogmáticos criam normas de eficácia geral. Embora não haja tradicionalmente vinculação entre função social e usos e costumes, a dimensão da socialidade também é reconhecida pelo forte poder normativo que os valores sociais produzem em relação ao direito; nesse aspecto, as disposições e referências constantes aos usos arts. 113, 429 e 432, aos costumes ou costumes do lugar (arts. 596, 615, 695, 701 e 872) são reveladoras dessa dimensão” (BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Elementos para interpretação da liberdade contratual e função social: o problema do equilíbrio econômico e da solidariedade social como princípios da teoria geral dos contratos. In MARTINS-COSTA, Judith. **Modelos de Direito Privado**. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 270).

²⁹ CF. TEPEDINO, Gustavo. O papel atual da doutrina do direito civil entre o sujeito e a pessoa. In TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor. **O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016. p. 20-21.

³⁰ Cf. FACHIN, Luiz Edson; SCHULMAN, Gabriel. Contratos, ordem econômica e princípios: um diálogo entre o direito civil e a Constituição 20 anos depois. In: DANTAS, Bruno et al. (org.). **Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois**. Brasília: Senado Federal, 2008. p. 362. Neste sentido, em decisão recente, o Superior Tribunal de Justiça, assim decidiu: AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PACTA SUNT SERVANDA. POSSIBILIDADE DE MITIGAÇÃO. PRECEDENTES. DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL. CULPA EXCLUSIVA DA CONSTRUTORA. SÚMULAS 5 E 7/STJ. DIREITO À RES-TITUIÇÃO INTEGRAL DAS PARCELAS. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO NO STJ. DANO MORAL. OCORRÊNCIA. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO DESPROVIDO. **1. A jurisprudência desta Corte Superior é firme no sentido de que o princípio do pacta sunt servanda pode ser relativizado, principalmente diante dos princípios da boa-fé objetiva, da função social dos contratos e do dirigismo contratual. 2. Tendo a Corte de origem concluído que o descumprimento contratual decorreria de culpa exclusiva da construtora, eventual conclusão no sentido de afastar a sua responsabilidade esbarraria no óbice dos Enun-**

Para Carlos Edison Monteiro Filho e Fernanda Paes Rito, se o contrato revela manifestação clara de autonomia das partes, deve existir, necessariamente, um espaço para a avaliação de conformidade do seu conteúdo, não apenas em relação à vontade dos figurantes, mas com respeito ao ordenamento, os seus valores e princípios informadores, na medida em que seu conteúdo não pode ser indiferente a tal ordenamento³¹.

Busca-se assim um conteúdo de justiça contratual dentro do exato contexto histórico-social no qual o negócio jurídico foi concretizado, que não pode ser mais compreendido como “resultado do somatório da liberdade e da igualdade formais”, mas deve privilegiar a concretização da igualdade material, a fim de promover os interesses do contratante mais vulnerável, numa reformulação que encontra fundamento no solidarismo contratual³².

Ocorre que não existe na doutrina brasileira uma concepção consensual sobre o sentido da expressão função social, “nem mesmo no que tange a uma compreensão acerca de seus elementos estruturais e de seus destinatários”, razão pela qual Carlos Eduardo Pianovski considera o campo de análise da função social do contrato, terreno com mais dificuldades do que o da função social da propriedade. Para corroborar tal afirmação, o autor relaciona diversas concepções sobre a função social, como as que (i) compreendem-na como pertinente a interesses difusos de natureza não patrimonial, (ii) as relativas a interesses existenciais de natureza jusfundamental; ou ainda (iii) aquelas pertinentes à promoção de eficiência no mercado³³.

ciados n. 5 e 7/STJ. (...) (AgInt no AREsp 1214641/AM, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/03/2018, DJe 26/03/2018)

³¹ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RITO, Fernanda Paes Lema Peyneau. Subsídios para o equilíbrio funcional dos contratos. In TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor. **O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016. p. 436-439.

³² CF. MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RITO, Fernanda Paes Lema Peyneau. Subsídios para o equilíbrio funcional dos contratos. In TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor. **O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016. p. 436-9. Gerson Banco cita Joaquim de Souza Ribeiro para distinguir a socialidade (como princípio jurídico) da perspectiva solidarista acima referida, da seguinte forma: “tanto função social dos contratos, quanto socialidade como princípio jurídico fazem parte de um processo de materialização em forma de normas do direito contratual, em que se levam em conta as condições e os fatores materiais de diferenciação entre os contratantes, abandonando a concepção da teoria clássica de dois contratantes absolutamente iguais em um mercado absolutamente livre de interferências. Não se confundem, pois, com a perspectiva solidarista que avança para atribuir um diverso e mais extenso papel à função social do contato, atribuindo ao julgador (sujeito estranho, pois, às partes contratantes) buscar ‘dentre as opções disponíveis’ o ‘equilíbrio entre aquela que aproveitem ao máximo as circunstâncias particulares, só se justificando desigualdade de tratamento quando vantajosas a todos, ou seja, quando interessam à coletividade” (BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Elementos para interpretação da liberdade contratual e função social: o problema do equilíbrio econômico e da solidariedade social como princípios da teoria geral dos contratos. In MARTINS-COSTA, Judith. **Modelos de Direito Privado**. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 272).

³³ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família**. Rio de Janeiro: GZ, 2011. p. 269. No mesmo sentido, sustenta Anderson Scheiber que “a função social do contrato acaba sendo mencionada frequentemente, entre nós, de modo pouco útil, como justificativa ética ou apoio principiológico para institutos jurídicos já consolidados no direito brasileiro, mesmo antes do seu advento.” (Cf. **Manual de Direito Civil contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 410). Em artigo onde analisa as situações jurídicas patrimoniais, Daniel Bucar anota que o debate acerca da compreensão do sentido da função social das situações jurídicas patrimoniais apresenta como pano de fundo duas vertentes de pensamento bem diferentes: liberalismo x comunitarismo. Por esta razão, as diferenças ideológicas dos autores que versam sobre o tema devem ser consideradas, na medida em que os liberais tendem a limitar seu significado a “um compromisso moral com a responsabilidade social”, assumindo posição de que o termo “não pode ser enfrentado como limitador da liberdade contratual”, enquanto que aqueles que sustentam uma posição “não liberal”, ora adotam posição restritiva, limitando a noção de função social do contrato ao “compromisso com o equilíbrio das prestações do ajuste” (que só teria efeitos endógenos), ora preferem destacar a característica de modulação do clássico princípio da relatividade dos efeitos do contrato, razão pela qual ressaltam a tutela externa do crédito, que, se por um lado propaga os efeitos negociais para além das partes contratantes, exige de terceiros respeito ao que fora acordado de modo legítimo através de vínculo contratual. Há ainda aqueles que situam a compreensão da função social do contrato a preservação de interesses extracontratuais

Mas a principal contribuição de Pianovski ao estudo do tema não se refere à identificação de diversas concepções para a compreensão do sentido de função social. Importante, para os fins deste trabalho, destacar o que se deve entender por “interesse coletivo”, pois este deve ser construído a partir de uma hermenêutica substancial intersubjetiva, distante de um “interesse coletivo abstrato”, já que a vida em sociedade pressupõe relações entre pessoas cujos interesses se interligam concretamente, ainda que de forma mediata, no espaço de convívio, numa perspectiva relacional.

Não se pode buscar um fundamento único ou um fundamento objetivo do qual tudo se origina. Tampouco se pode pensar em uma totalidade “fim em si mesma” para a qual tudo se dirige como a verdadeira universalidade. Daí a adequação de se pensar a sociedade em redes, que pode ser relevante instrumento para a construção da dimensão funcional deste trabalho. (...) Essas possibilidades se inserem na rede complexa da sociedade, com suas convergências e seus conflitos, mas não se confundem nem com “O” interesse coletivo sem face (ou que recebe a face que aquele que exerce o poder político pretende a ele impor) nem com particularismos atomizados que excluem o indivíduo da rede social. A liberdade individual não está, pois, em sua suposta origem natural antecedente das relações sociais, nem localizada apenas nas necessidades organizacionais do ente social nem, muito, menos, nas compreensões totalizantes em que tanto o indivíduo como a sociedade se diluem. Tampouco as funções dos institutos de Direito civil, nessa lógica, poderiam ser pensadas como pretensões totalizantes³⁴.

Independentemente da concepção de função social a ser adotada entre aqueles que manifestam uma compreensão não liberal do instituto, parece haver um ponto em comum: o não reconhecimento de um espaço de liberdade contratual imune a controle externo e a necessidade de interpretação dos arranjos negociais com prospecção de interesses externos ao ambiente individualista do contrato³⁵.

Considerações finais

A leitura e compreensão do direito privado a partir da legalidade constitucional consolidaram-se durante o século XX, quando o Código Civil perdeu a hegemonia de referência interpretativa unificadora do sistema jurídico, curvando-se à hierarquia das fontes assentada no texto constitucional³⁶. Mais do que

socialmente relevantes, sob a ótica dos valores consagrados no texto constitucional. (Cf. BUCAR, Daniel. Situações jurídicas patrimoniais: funcionalização ou comunitarismo? In TEPEDINO, Gustavo et al. (org.). *Da Dogmática à efetividade do Direito Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 105-107.

³⁴ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s):** repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011. p. 199-200.

³⁵ BUCAR, Daniel. Situações jurídicas patrimoniais: funcionalização ou comunitarismo? In TEPEDINO, Gustavo et al. (org.). **Da Dogmática à efetividade do Direito Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 107. Mesmo na seara do direito da concorrência, a afirmação acima parece ser adequada, conforme se constata através da análise do pensamento de Ana Frazão, que ao discorrer sobre as finalidades do direito concorrencial e sua aproximação com a Constituição, assim se manifesta sobre a livre-iniciativa: “é inequívoco que a livre-iniciativa, como manifestação da autonomia, da emancipação do homem e do desenvolvimento da personalidade, recebe a proteção constitucional em todos os seus desdobramentos. Entretanto, a atividade empresarial apenas é considerada legítima na medida em que o projeto do empresário é compatível com o igual direito dos outros empresários e, mais que isso, de todos os membros da sociedade de também realizarem os seus respectivos projetos de vida, já que a dignidade da pessoa humana decorre da intersubjetividade dos direitos de todos e da interpenetração entre liberdade e igualdade por meio de critérios de justiça social. Consequentemente, toda essa principiologia, inclusive na parte em que direciona a atividade empresarial à realidade social, precisa ser levada em consideração em todas as searas da ordem econômica, dentre as quais o Direito da Concorrência. Aliás, sobre a questão, é oportuna a advertência de Comparato no sentido de que “é em função desse objetivo último de realização da justiça social que devem ser compreendidos e harmonizados os demais princípios expressos no art. 170” (Cf. **Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 47).

³⁶ BOTH, Laura Garnini; CONRADO, Marcelo; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Premissas teórico-metodológicas da pesquisa

uma mera transposição de *locus* normativo, operou-se uma decisiva mudança de perspectiva axiológica, calcada na pluralidade de fontes instrumentalizada por uma interpelação do caso concreto, que supera a clássica hermenêutica constitucional de meras disposições programáticas.

Se antes do CC/02 o problema dos operadores jurídico era com os limites e dificuldades de um sistema fechado, o grande problema do direito contratual, após 2003, é a identificação de parâmetros mínimos e comuns a respeito da aplicação das cláusulas gerais, e sobre como controlar as decisões judiciais que fazem a aplicação de tais cláusulas³⁷.

A perspectiva funcional permite repensar e remodelar as tradicionais categorias do direito privado seguindo a tábua axiológica constitucional, construindo respostas adequadas aos mais variados casos concretos que surgem na complexidade de uma ambiência social cada vez mais fluida e cheia de incertezas, que com perturbadora frequência cada vez se encaixa menos nas estruturas predispostas abstratamente pelo ordenamento. Funcionalizar um instituto como o contrato ou a propriedade, nesta senda, implica buscar a “*síntese de seus efeitos essenciais, sua profunda e complexa razão justificadora: ela refere-se não apenas à vontade dos sujeitos, mas ao fato em si, enquanto social e juridicamente relevante*”³⁸.

Constata-se aqui a forte influência dos estudos de Pietro Perlingieri³⁹, que defende a investigação do sentido social em cada situação subjetiva, pois acredita que ao justificar e condicionar o exercício do direito, a função social servirá como critério para aferir se tal situação merece tutela, permitindo “controle dinâmico e concreto da atividade privada”⁴⁰ a partir dos valores consagrados na Constituição Federal. Por conseguinte, sem promoção dos valores constitucionais, não há que se falar em autonomia privada, quer seja para contratar, quer seja para buscar a tutela da propriedade individual.

A utilização do princípio da função social se consubstancia em poderosa ferramenta de que dispõe o Poder Judiciário para concretizar sua missão de controle do exercício das mais diversas posições jurídicas, mas que precisa ser densificada com os elementos do caso concreto que servirão de critério de aproximação da justiça substancial. É papel da doutrina e dos operadores jurídicos em geral não se limitarem à repetição de fórmulas prontas e acabadas sobre o tema e investigá-lo sem perder de vista a pauta dos valores consagrados no texto de nossa Constituição Federal.

Referências

BANDEIRA, Paula Greco. **Contrato Incompleto**. Rio de Janeiro: São Paulo: Atlas, 2015.

BOTH, Laura Garnini; CONRADO, Marcelo; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Premissas teórico-metodológicas da jurisprudencial do direito civil. In FACHIN, Luiz Edson et. al. **Jurisprudência Civil Brasileira: métodos e problemas**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 19-20.

³⁷ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Elementos para interpretação da liberdade contratual e função social: o problema do equilíbrio econômico e da solidariedade social como princípios da teoria geral dos contratos. In MARTINS-COSTA, Judith. **Modelos de Direito Privado**. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 258.

³⁸ BANDEIRA, Paula Greco. **Contrato Incompleto**. Rio de Janeiro: São Paulo: Atlas, 2015. p. 121.

³⁹ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 670-671

⁴⁰ BANDEIRA, Paula Greco. **Contrato Incompleto**. Rio de Janeiro: São Paulo: Atlas, 2015. p. 122.

- pesquisa jurisprudencial do direito civil. In FACHIN, Luiz Edson et. al. **Jurisprudência Civil Brasileira: métodos e problemas**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 19-20.
- BUCAR, Daniel. Situações jurídicas patrimoniais: funcionalização ou comunitarismo? In TEPEDINO, Gustavo et al. (org.). **Da Dogmática à efetividade do Direito Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- CASTRO, Thamís Dalsenter Viveiros de. *A função social da cláusula de bons costumes no direito civil e a teoria tríplice da autonomia privada existencial*. **Revista brasileira de direito civil – RBDCivil**. Belo Horizonte: IBDCivil, out./dez. 2017, p. 99-125. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/168/163>. Acesso em 25.3.2018.
- FACHIN, Luiz Edson; SCHULMAN, Gabriel. Contratos, ordem econômica e princípios: um diálogo entre o direito civil e a Constituição 20 anos depois. In: DANTAS, Bruno et al. (Org). **Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois**. Brasília: Senado Federal, 2008
- FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: Atlas, 2015.
- GEARTY, Conor. *Socio-economic rights, basic needs, and human dignity: a perspective from law's front line*. In: MCCRUDDEN, Christopher (Ed.). **Understanding human dignity**. Oxford: University Press, 2014, p. 155-171.
- GERCHMANN, Suzana; CATALAN, Marcos. Un contrato: doscientos años de historicidad. **Ius et Veritas**, v. 49, p. 68-77, 2014.
- LOBO, Paulo. **Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2018
- LURGER, Brigitta. *The 'social' side of contractual law and the new principle*. In: HARTKAMP, Arthur S.; HESSELINK, Martijn W.; HONDLUS, Ewoud. **Towards a European civil code**. Leiden: Kluwer Law, 2010, p. 353-386.
- MARTINS-COSTA, Judith. **Modelos de Direito Privado**. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil. Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008
- SCHEIBER, Anderson. **Manual de Direito Civil contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2018.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2012.
- RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família**. Rio de Janeiro: GZ, 2011.
- TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vítor. **O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. **O contrato e sua Função Social**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.