

**XXVI CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI SÃO LUÍS – MA**

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO II

ANA THEREZA MEIRELES ARAÚJO

EDNA RAQUEL RODRIGUES SANTOS HOGEMANN

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direito civil contemporâneo II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann; Ana Thereza Meireles Araújo.– Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-514-

0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Sociedade. 3. Gestão. 4. Administração.
XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (26 : 2017 : São Luís/MA, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Universidade Federal do Maranhão -
UFMA
São Luís – Maranhão - Brasil
[www.portais.ufma.br/PortalUfma/
index.jsf](http://www.portais.ufma.br/PortalUfma/index.jsf)

XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO II

Apresentação

O XXVI Encontro Nacional do CONPEDI – SÃO LUIS – MARANHÃO foi promovido em parceria com a Universidade Federal do Maranhão e a UNICEUMA. Sua temática central teve como objeto “Direito, Democracia e Instituições de Justiça”. Esse assunto suscitou intensos debates desde a abertura do evento no Convento das Mercês e inúmeros desdobramentos ao longo da apresentação dos trabalhos previamente selecionados e da realização das plenárias. Em especial, as questões relativas à função social do contrato, dos direitos de personalidade e os reflexos do novo CPC no direito material mereceram um olhar reflexivo crítico-analítico dos participantes do Grupo de Trabalho “Direito Civil Contemporâneo II”.

Sob a coordenação das Profa. Pós-Dra. Edna Raquel Hogemann (UNESA/UNIRIO), e Profa. Dra. Ana Thereza Meireles Araújo (UNEB/ UCSal/ Faculdade Baiana de Direito), o GT “Direito Civil Contemporâneo II” realizou seu contributo, com exposições orais e bons debates que se caracterizaram tanto pela atualidade quanto pela profundidade das temáticas abordadas pelos expositores.

Eis um breve resumo dos trabalhos apresentados:

Tiago Martinez e Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann apresentaram o artigo intitulado “A trivialização do dano: banalizado por quem? a desmistificação da indústria do dano moral pela análise da cultura jurídica brasileira e norte-americana”. Os autores refletem a respeito da cultura jurídica brasileira e norte-americana sobre a fixação do valor de reparação dos danos morais, a influência cultural na determinação dos modelos de fixação do quantum, bem como da relação dos julgados vinculados ao tema com a banalização do instituto, e apontam a inexistência de uma indústria do dano moral, tanto no Brasil como nos Estados Unidos, a partir das diferenças dos modelos jurídicos apresentados.

“O acesso à informação genética e a conformação dos novos direitos da personalidade: o alcance da proteção à identidade genética sob a perspectiva do direito civil contemporâneo” é o título do trabalho de Ana Thereza Meireles Araújo, no qual a autora analisa a conformação do direito à identidade genética como uma espécie dentre os novos direitos da personalidade considerando o direito civil contemporâneo, objetivando o alcance da proteção à identidade genética a partir das diferentes situações que podem envolver a proteção ao bem jurídico em

destaque, a fim de identificar por meio de dedução a melhor interpretação no que tange à construção da proteção do direito.

O artigo de Wellington Henrique Rocha de Lima e Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira intitulado "Funções do contrato e Ordem Pública" teve como proposta analisar as funções do contrato referentes à criação, regulação e extinção de direitos, considerando a relevância da funcionalização com vistas ao equilíbrio dos pactos e a contribuição daí decorrente em relação ao contexto econômico e social.

Rainner Jeronimo Roweder e Hudson Franklin Felipetto Malta apresentaram o trabalho "O contrato de compra e venda: semelhanças e diferenças entre o sistema legislativo brasileiro e português de transferência imobiliária", em que analisaram a compra e venda de bens imóveis, numa perspectiva de doutrina e legislação comparada, entre os ordenamentos jurídicos brasileiro e português.

"Direito à filiação e multiparentalidade : uma abordagem à luz da lei de registros públicos", da autoria de Josanne Cristina Ribeiro Ferreira Façanha, abordou a ocorrência da multiparentalidade no Registro Civil brasileiro, a partir da compreensão sistemática e atualizada do ordenamento jurídico pátrio, especificamente quanto à família, aos demarcadores do parentesco e aos direitos da filiação.

Felipe de Poli de Siqueira e Francieli Micheletto, autores do trabalho "O poder de inadimplemento contratual e suas implicações jurídicas" propuseram avaliar a possibilidade do contratante requerer a quebra ou inadimplemento contratual e as implicações jurídicas e mecanismos de resolução do referido desligamento.

O artigo de Ivy Helene Lima Pagliusi e Yuri Amorim da Cunha intitulado "A des (necessidade) de oitiva do genitor biológico no acréscimo do sobrenome do padrasto ao nome do filho" enfocou uma nova leitura constitucional dos direitos de personalidade, em especial face ao princípio da dignidade da pessoa humana, em especial quanto ao aferir na Lei de Registros Públicos o procedimento correto para o acréscimo do sobrenome de padrasto (madrasta) no do enteado(a) com base em uma interpretação conforme.

O artigo de Cleber Sanfecili Otero e Tamara Simão Arduini intitulado "Os danos decorrentes da relação triangular estabelecida entre paciente, médico e hospital e as respectivas modalidades de responsabilidade definidas em lei" partiu do fato de que, nas relações hospitalares, o paciente é vulnerável por ser consumidor dos serviços e, perante o médico, é igualmente vulnerável, pois confia sua vida e integridade aos cuidados do profissional.

Assim, o trabalho buscou partir da aferição das características da relação triangular estabelecida entre paciente, médico e hospital para definir quem poderá ser responsabilizado pelos danos causados.

Sob o título "A ata notarial como instrumento precípua na condução da usucapião extrajudicial", Tatiane Albuquerque de Oliveira Ferreira e Dênio Guilherme Dos Reis fizeram uso do modelo argumentativo, para responder a seguinte indagação: a ata notarial cumpre sua função no procedimento de usucapião extrajudicial? Analisaram os efeitos da ata notarial no procedimento de usucapião fora do âmbito judiciário e concluíram necessidade da eficiência da ata notarial, demonstrando que o tabelião, revestido de fé pública, é capaz de certificar veracidade dos documentos comprobatórios de posse do imóvel a ser usucapido.

Camila Caixeta Cardoso apresentou o ensaio sob o título "A aquisição originária da propriedade por meio da usucapião extrajudicial", cujo objetivo revelou-se a análise da nova forma de processamento da usucapião pela via extrajudicial, ou seja, por meio de um procedimento que ocorre internamente no ofício de registro de imóveis.

"Um ensaio sobre direito à privacidade e intimidade. você ainda os tem?" Eis um título de indagação. Pois essa indagação foi tema da pesquisa materializada em ensaio da autoria de Milena de Bonis Faria. Que considera que os operadores do direito necessitam de um desdobramento "just in time", para atender os anseios de uma sociedade que se transforma constantemente.

Pastora do Socorro Teixeira Leal e Alexandre Pereira Bonna apresentaram o artigo sob o título "Controle administrativo e preventivo de cláusulas abusivas em contratos de adesão pelo Ministério Público", no qual buscam averiguar se o veto presidencial do art. 54, parágrafo 3º e 5º da lei n. 8.078/90, que no uso da ideia da intenção do legislador configura a impossibilidade de atuação preventiva e administrativa do Ministério Público das cláusulas dos contratos de adesão.

"Dano hedônico: uma compensação civil diante da perda da felicidade em viver" revelou-se um título interessante para o artigo apresentado por Maria Fernanda Miranda Lyra e Marianna dos Santos Coelho Alves que abordaram ideia da dignidade como pressuposto para a felicidade, no direito norte-americano, transportada para a reparação civil. Ali recebe a denominação do dano hedônico e se apresenta como forma de compensação diante de lesão grave ou morte que leve à perda do gozo pela vida, da felicidade em viver.

Por fim, Carlos Alexandre Moraes e Marta Beatriz Tanaka Ferdinandi encerraram as apresentações com o trabalho intitulado "A aplicação da teoria do diálogo das fontes no direito brasileiro", sobre a aplicabilidade da Teoria do Diálogo das Fontes no direito pátrio, como método capaz de conciliar a aplicação de diferentes normas.

Profa. Dra. Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann - UNIRIO/UNESA

Profa. Dra. Ana Thereza Meireles Araújo - UNEB

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

FUNÇÕES DO CONTRATO E ORDEM PÚBLICA

FUNCTIONS OF THE CONTRACT AND PUBLIC ORDER

Wellington Henrique Rocha de Lima
Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira

Resumo

O trabalho tem por escopo analisar as funções do contrato referentes à criação, regulação e extinção de direitos, função econômica e função social, considerando a relevância da funcionalização com vistas ao equilíbrio dos pactos e a contribuição daí decorrente em relação ao contexto econômico e social. A pesquisa teórica-bibliográfica está embasada nos métodos indutivo, sistemático e axiológico para demonstrar, de maneira específica, a relevância das funções do contrato serem observadas de forma conjunta, enquanto meio para realização dos fins objetivados pelo contrato em direção ao desenvolvimento sustentável.

Palavras-chave: Funções do contrato, Função econômica, Função social, Desenvolvimento sustentável, Ordem pública

Abstract/Resumen/Résumé

The purpose of this work is to analyze the functions of the contract regarding the creation, regulation and extinction of rights, economic function and social function, considering the relevance of functionalization with a view to the balance of pacts and the resulting contribution in relation to the economic and social context. The theoretical-bibliographic research is based on the inductive, systematic and axiological methods to demonstrate, in a specific way, the relevance of the functions of the contract to be observed jointly, as a means to achieve the objectives objectified by the contract towards sustainable development.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Functions of the contract, Economic function. social role, Sustainable development, Public order, Towards sustainable development

INTRODUÇÃO

A investigação tem por objeto a análise das funções do contrato, considerando a concepção dogmática para abranger a dinâmica da funcionalização como condição de possibilitar e contribuição ao desenvolvimento sustentável.

A divisão e conceituação das funções contratuais evoluem atreladas aos avanços decorrentes da evolução do contrato.

A ordem pública tem como uma de suas competências dirigir e coordenar as funções contratuais com o objetivo de equilibrar o trânsito jurídico, observadas as influências decorrentes das regras do mercado.

O ordenamento jurídico nacional recepciona a função social, vinculada ao princípio da solidariedade constitucional e liberdade de contratar, mas esta limitada pela função social.

O Direito dos Negócios dirigido à regulamentação dos pactos, garantidora das relações contratuais, tradicionalmente, coordena a atividade negocial, reconhecida por sua tradição e função econômica.

A necessidade de uma análise crítica das funções contratuais conduz a reflexões indispensáveis à apreensão da funcionalização do negócio jurídico, especialmente por ser a função primária da relação negocial a de estabelecer direitos e definir deveres. Busca-se investigar se a função social prejudicaria a função econômica do contrato e o inverso também e, ainda, verificar em que medida a realização das funções dos contratos contribuem para o desenvolvimento sustentável.

Em que pese as ponderações críticas à primeira vista, o conjunto de funções do contrato expressa complementaridade e harmonia, sendo essencial aos pactos a concretização de todas as funções em linha de coerência e harmonização, como decorrência inafastável da funcionalização inerente aos fins do próprio instrumento contratual.

Neste ser assim, passa-se a análise das funções contratuais nas três dimensões apontadas com vistas à pontuação das atribuições decorrentes de cada uma, perfazendo, ao final, orientações essenciais à dinâmica negocial.

A problematização eleita está concentrada na indagação referente à possibilidade de coexistência das funções descritas, em benefício do equilíbrio contratual e contribuição ao desenvolvimento sustentável.

A pesquisa toma por base os métodos indutivo, sistemático e axiológico. O enfoque específico das funções do contrato observa a sistematização própria da funcionalidade,

respaldada pela análise dos valores implícitos na temática e indicativos da correlação temática inerente às externalidades do contrato.

1 FUNÇÕES DO CONTRATO NA PÓS-MODERNIDADE

O contrato, ao criar direitos e impor deveres às partes, concebe a mais clássica das funções dos contratos definidas, exatamente, para estipular direitos e deveres entre as partes contratantes.

Desta fase, decorre a prevalência da compreensão de época acerca da igualdade formal entre as partes, assim como o dogma da manifestação da vontade e prevalência do *pacta sunt servanda*.

O contrato no caminho da pós-modernidade, segundo José Tadeu Neves Xavier (2006, p. 129) passa a exigir “do observador uma visão plural, que, ao mesmo tempo possa ver várias faces da figura negocial, de forma articulada irão compor o seu todo, superando assim as suas diferenças, contradições e ambiguidades”.

As transformações ocorridas nas últimas quadras temporais resultam no declínio do modelo liberal de contrato, deslocando a tutela do interesse individual para o interesse coletivo, preterindo a formalidade em busca da tutela material, tomando por base a metódica da constitucionalização e passando pelo deslocamento da manifestação da vontade para a tutela da confiança, impulsionada pela massificação, democratização e fins sociais do contrato.

Nesse passo, Luciano Benetti Timm afirma que:

O verdadeiro conflito paradigmático somente será bem compreendido ao se comparar as diferentes visões de sociedade e a função nela dos contratos (a função social dos contratos) inerentes a cada um dos paradigmas. O primeiro paradigma, o modelo solidarista (ou paternalista, como preferem os americanos) do direito contratual, está embasado em uma visão coletivista sociológica da sociedade, e, por conseguinte, dos contratos. O segundo, o modelo de direito e economia do direito contratual - que se vale da noção individualista, própria dos economistas, do que vem a ser um contrato e de sua função na sociedade (2009, p. 02).

A ruptura paradigmática decorrente da crise do contrato faz a transposição para a pactuação própria de uma sociedade de consumo prevalente, sendo que a proteção da parte débil do contrato assume significado relevante e indispensável ao equilíbrio material daquilo que se contrata e em relação com quem se contrata. Assim sendo, a análise das funções do contrato depende da visão do conjunto e não como se fossem ímpares ou separadas, mas sim de um todo, multifocal.

Ricardo Luiz Lorenzetti traz três acepções para definir a função do contrato:

A atividade dos contratantes origina a regra contratual, e esta, como produto individual, deve ser coordenado com as demais criações individuais. Ele origina o “princípio da sociabilidade”, que se expressa em regras formuladas como cláusulas gerais: boa-fé, abuso, etc, a que temos aludido. A função é um *standard* de julgamento da sociabilidade do contrato (2004, p. 103).

Partindo desta consideração doutrinária, é dado prosseguimento para, de forma direta, analisar as funções do contrato, como eleitas para o estudo.

1.1 A FUNÇÃO ORIGINÁRIA DO CONTRATO: DIREITOS E DEVERES DAS PARTES

O contrato está estruturado, dizendo de forma direta, no acordo de vontades e na obrigação pactuada. Assim sendo, e observada essa premissa, a função específica do contrato reside no estabelecimento de direitos e deveres para as partes contratantes.

Consoante Lorenzetti (2004, p. 89-90), “a função é o conjunto de operações jurídicas suscetíveis de qualificação por parte do ordenamento para a constituição, a regulação, a interpretação, a transmissão e a extinção das situações jurídicas subjetivas”.

Por este percurso, considerando a função constitutiva, regulatória ou extintiva de direitos e deveres na cena negocial, verifica-se que remetem o contrato para o campo das fontes, em que, ao lado das demais fontes do direito, e, considerando a função econômica e função social do contrato, têm assegurado a esta dimensão a condição de ser o contrato a fonte mais dinâmica do direito, exatamente pela elevada potencialidade negocial apresentada pelo trânsito jurídico, observados os mercados mundializados, o crescimento expressivo dos pactos individuais e coletivos, especialmente aqueles liderados pelas empresas nacionais e internacionais. Por fim, reunindo o que a doutrina clássica já havia consagrado como função econômica-social do contrato, consoante Emilio Betti (1994, p. 172) que, entretanto, defendeu que a função era a causa e a própria causa expressava a função econômica-social do contrato.

Por este percurso, são reunidas as funções econômica e social do contrato, presentemente analisadas em separado, mas deve ser enfatizada a compreensão, que de fato, a complementaridade entre ambas as funções impõe-se como decorrência da própria eficiência econômica-social que se pretende alcançar por meio da realização dos fins do contrato que a um, visa a obtenção de resultado econômico e, a dois, a materialização dos fins socializantes do contrato que desde a melhor tradição do direito negocial já era afirmada como razão ou função do contrato, e que de fato, mediante a evolução das codificações civilistas, onde se insere a brasileira, a função social foi recepcionada como critério finalístico e escopo da ordem contratual.

1.2 FUNÇÃO ECONÔMICA DO CONTRATO

A função econômica está vinculada ao paradigma liberal, normativo e tutela do interesse individual, sedimenta a orientação tradicional, embasada na patrimonialidade dos negócios jurídicos; ademais é considerada por largos períodos como essencial e decorrente da natureza econômica do contrato.

A esse propósito, a lição clássica de Enzo Roppo enfatizava o viés econômico e a liberdade de contratar.

O contrato é a veste jurídica de operações econômicas, é o instrumento legal para o exercício de iniciativas econômicas. É necessário que o princípio da liberdade contratual e o princípio da liberdade privada sejam reconhecidos em paridade, isto é que os contraentes privados e os operadores econômicos são livres para dar conteúdo aos seus contratos, elaborando as cláusulas que lhe forem desejáveis (1988, p. 127-128).

A função econômica dos contratos confunde-se com o próprio contrato considerado em sua origem e evolução. Naturalmente a relação de causa e efeito negocial implica, diretamente, a materialidade das relações negociais, potencializadas pelos sistemas jurídicos e econômicos da pós-modernidade, em específico as democracias de um lado e o capitalismo de outro.

Com o progredir do modo de produção capitalista, com o multiplicar-se e complicar-se das relações econômicas, abre-se um processo, que poderemos definir como de mobilização e desmaterialização da riqueza, a qual tende a subtrair ao direito de propriedade (como poder de gozar e dispor, numa perspectiva estática, das coisas materiais e especialmente dos bens imóveis) a sua supremacia entre os instrumentos de controle e gestão da riqueza. Num sistema capitalista desenvolvido, a riqueza de facto não se identifica apenas com as coisas materiais e com o direito de usá-las; ela consiste também, e sobretudo, em bens imateriais, em relações, em promessas alheias e no correspondente direito ao comportamento de outrem, ou seja, a pretender de outrem algo que não consiste necessariamente numa res a possuir em propriedade. (ROPPO, 2009, p. 64)

Do resgate da tradição do contrato são reafirmadas, em mesma dimensão, “a finalidade originária, concretizada pela circularidade de riquezas e a função econômica do contrato contemporâneo, vinculada à nova função social, limite importante decorrente da onda principiológica, caracterizadora da democratização dos pactos” (FERREIRA, 2015, p.357).

A finalidade econômica do contrato, de fato, é inerente ao negócio jurídico. Contudo, a reinterpretação da função econômica alerta para o ponto nodal do possível desequilíbrio material das avenças, pois pode ocorrer a exploração da parte contratante mais forte, contra a parte contratante mais fraca.

O tipo contratual corresponde a um gênero de operação econômica, os tipos legais, ou previstos em lei estão expressamente dispostos nos códigos, servindo para

influenciar e orientar a dinâmica das operações econômicas que lhes corresponde, concertando os interesses contrapostos, que se encontram envolvidos (ROPPO, 1988, p. 127-128).

As operações econômicas influenciam a ordem social, causando consequências positivas ou negativas dependendo da persecução do fim econômico que não deve ser buscada com exclusividade preterindo o contexto social.

O fim lucrativo é a característica fundamental a partir do qual se desdobram as demais peculiaridades dos negócios mercantis. Nestes, todos os polos têm sua atividade global voltada ao lucro, sendo o contrato (oneroso) um instrumento para atingir esse fim maior. [...] não significa necessariamente a adoção de comportamento predatório pela empresa, pois questões como a preservação da relação comercial e a construção de boa imagem também influenciam a luta pelo proveito econômico. [...] a realização do escopo maior reside no êxito de sua atividade econômica (FORGIONI, 2010, p. 57-58).

O Estado deve fortalecer as relações contratuais, garantindo que aquele que contrata e o que é contratado valorizem suas obrigações que foram firmadas e estas tenham executividade em casos de descumprimento.

“Muitos aspectos da função econômica dos negócios interempresariais somente podem ser dimensionados a partir destes custos e de sua influência da mecânica da decisão empresarial” (FORGIONI, 2010, p. 63).

O mercado recebe os limites da tutela imposta a uma parte, para proteger a hipossuficiência financeira de outra, que não pode cumprir com o pactuado vindo a ser responsabilizada pelo seu inadimplemento.

O contrato [...] destina-se a tratar da distribuição das obrigações e dos riscos do negócio, e as partes contratantes confiam que o acordo seja cumprido tanto em relação a umas quanto a outros [...] deve haver assim condições para que os contratos sejam cumpridos [...] uma vez que a “justiça por mãos próprias” é vedada pelo Estado de Direito. [...] Com isso pode se afirmar que o cumprimento dos contratos, no mais das vezes, é o fundamento principal para o desenvolvimento (RIBEIRO, 2015, p. 149).

A função econômica do contrato decorre da própria natureza patrimonial do contrato, sendo a ele inerente e, necessariamente, considerada em conjunto com a função social em face da indispensabilidade para o fortalecimento e equilíbrio sustentável dos fins econômicos negociais, considerando de forma especial a dignidade dos contratantes.

A aplicação do comando constitucional não está a depender desta ou daquela localização do contrato, neste ou naquele ordenamento infraconstitucional. Seja de consumo, civil ou comercial, a relação de crédito sempre está nucleada no seu titular e não no crédito. O homem, ao menos enquanto perdurar o comando expresso no artigo 1º, inc.III, associado ao artigo 170, *caput*, todos da Carta, se posiciona no centro das atenções. A leitura do contrato, assim vista, não ignora sua função econômica, mas antes de se averiguar da realização da causa (econômica) do contrato, terá que se indagar se aquela relação em apreço levou em conta a dignidade dos contratantes. A interpretação constitucional do contrato transita do ser para o ter. (NALIM, 2001, p. 245)

As pautas axiológicas da Carta Magna destacam a tutela da pessoa humana, neste ensaio, redesignada por pessoa contratante, e assim sendo, titular de um plexo de tutelas constitucionais consoante a disposição do Art. 170 e seus incisos.

A previsão constitucional do artigo 170 da Magna Carta é, inegavelmente, *núcleo de revalorização do sujeito*, aquele mesmo espectador dos fins práticos. A ordem econômica constitucional torna assentar a dignidade humana do sujeito para então, recolocá-lo nos diversos lugares que realmente ocupa em sociedade. Assim, o primeiro sujeito nomeado pela ordem, é o trabalhador, seguido do empresário, aquele da livre iniciativa, quiçá o empregador. A esses sujeitos a promessa de segurança e esperança do trabalho humano digno e da liberdade equilibrada (FERREIRA, 2005, p. 87).

Com acerto a Constituição Federal ao tratar da ordem econômica e financeira promove extensa reconsideração acerca da função econômica do contrato observando a despatrimonialização do direito e voltando-se para assegurar o ser, valorizando o trabalho humano de par com a proteção da livre iniciativa, mas grifando a indispensabilidade do alcance da justiça social.

Na indicação do cardápio principiológico do artigo 170, e incisos, o sujeito é eleito, sem dúvida, o titular dos ditames da justiça social; define-se como cidadão no âmbito da soberania nacional, seguido do sujeito-proprietário da propriedade privada e funcionalizada. Por fim, o sujeito-consumidor, de bens, serviços, valores, princípios e justiça social. Não há no ordenamento jurídico pátrio similar contemplação do sujeito, contextualizado vezes tantas, como “sujeito de titularidades”, como defende Luiz Edson Fachin (FERREIRA, 2005, p. 87).

Nesse sentido constitucional, a função econômica do contrato inaugura fase de releitura passando a ser considerada em sua concepção específica, mas, dependendo da interpretação constitucional, vinculando-se à textura econômica as imbricações decorrentes da solidariedade, da valorização do sujeito e a aproximação em relação à função social.

1.3 FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

A função social do contrato, prevista no Art. 421 do Código Civil, assegurou a liberdade de contratar, mas impôs o respeito aos limites da função social do contrato. O avanço registrado pela codificação estabelece proteção essencial aos pactos no que se refere à compreensão dos fins do contrato para além da centralidade econômica.

A solidariedade decorrente da metódica constitucional assenta a função social no núcleo do negócio jurídico estendendo ao contratante a proteção à condição, até então desconhecida pelo contratante do passado, e este não raras vezes era explorado pela parte mais forte da relação negocial, atendendo ao princípio da dignidade da pessoa e objetivando resguardar a dignidade do contratante.

O princípio da função social, ora acolhido expressamente no Código Civil, constitui, em termos gerais, a expressão da socialidade no Direito Privado, projetando em seus corpos normativos e nas distintas disciplinas jurídicas a diretriz da solidariedade social (Constituição Federal, art. 3º, III, in fine). [...] o princípio da função social, [...] indica um caminho a seguir, oposto ao do individualismo predatório. (MARTINS-COSTA, 2005, p. 41)

Por esta sequência, foram reguladas as matérias concernentes às nulidades e exclusões das cláusulas abusivas, patologias como a lesão, estado de perigo e enriquecimento ilícito, além do abuso de direito. Agregue-se a este conjunto o princípio da equivalência material das obrigações, especificamente dirigido ao equilíbrio do pacto, tanto na perspectiva interna, como externa, e, neste particular, a questão essencial e que se refere ao alcance do plano eficaz dos contratos, buscando coibir os abusos e outras circunstâncias que, se não limitadas, interferem, diretamente, na concretização do contrato. O não cumprimento do contrato impede a realização tanto da função econômica como da função social e as consequências daí decorrentes impactam negativamente o contrato celebrado entre partes, o mercado e a sociedade que arcarão com o custo social da transação não cumprida.

O princípio da função social do contrato permite a tutela difusa pelo judiciário das garantias constitucionais. Liberta a tutela de interesses supra-individuais da tutela administrativa ou da casuística prevista em lei. Toda vez que forem lesados os interessados institucionais haverá lesão à função social do contrato. É no destaque por este proporcionando entre o individual e coletivo que se encontra a justificativa para limitar a liberdade contratual (SALOMÃO FILHO, 2004, p. 67-86).

Tomando por base a Análise Econômica do Direito, a função social passa a ser defendida com base no espaço do mercado. A argumentação decorre da coerência do trânsito jurídico no ambiente mercadológico com afastamento do modelo paternalista restrito ao interesse das partes no contrato:

Essa perspectiva permite enxergar a coletividade não na parte mais fraca do contrato, mas na totalidade das pessoas que efetivamente, ou potencialmente, integram um determinado mercado de bens e serviços. [...] Os contratos são instrumentos para a circulação de bens e serviços na sociedade. Esta é a sua função social. (TIMM, 2008, p. 96)

Em síntese, a função social do contrato tornou-se expressão de democratização dos pactos, pois busca assegurar a funcionalidade interna e externa da socialização, dedicando ao princípio da cooperação nota relevante no que se refere à cultura negocial em que as partes reúnem vontades para realizar fins e não impedir a realização do pactuado.

A função social dos contratos, em linha de efetividade, agrega em si expressão maior ao assegurar os princípios da liberdade e da igualdade reunidos à sustentabilidade negocial e, por esta senda, reunir na circulação de riquezas tanto o valor econômico como o valor social e, a partir desta comunhão, obter condições para alcançar o direito fundamental ao desenvolvimento sustentável objeto de próxima análise.

2 ORDEM PÚBLICA E ORDEM NEGOCIAL

O crescimento expressivo das relações negociais produz consequências positivas e negativas e, em certa medida, na relação indispensável de concretização das funções contratuais de criação de direitos e deveres, função econômica e função social pelas partes contratantes, sendo útil e necessária a definição de limites decorrentes de disposições legais e judiciais, visando à eficácia negocial, afastando ações negativas e predadoras.

A observância das funções do contrato com todo o resguardo é sem dúvida fundamental para a evolução política, social, econômica necessárias ao desenvolvimento sustentável coibindo excessos, objetivando evitar danos e respeitar o contrato e os fins colimados pelas partes.

Por outro lado, ainda, “a ordem pública possui função de direção econômica estabelecida constitucionalmente e é concretizada nas diversas legislações” (LORENZETTI, 2004, p. 103).

Nesta senda, a ordem pública tem função essencial para coordenar as normas imperativas de controle de licitude dos contratos, adequando-as aos valores essenciais, ou seja, mecanismos legais para a aceitabilidade negocial dos princípios e regras que devem prevalecer no ambiente dos pactos.

Nesse contexto, possível é aludir à necessidade de regulamentação do contrato eletrônico, sobretudo pensando na perspectiva comercial deste negócio que desenfreadamente cresce por meio do acesso à internet [...] embora esta traga comodidade, também traz riscos e em torno destes riscos que é necessária a regulamentação do consumidor eletrônico, para a proteção desta parte contratual (MATOS; MARQUESI, 2013, p. 411- 439).

Os contratos eletrônicos, inseridos na crescente expansão da era digital, são igualmente regulamentados pelas disposições que a ordem pública determinar.

Lorenzetti aduz que:

a ordem pública tem função de coordenar o conjunto das normas imperativas de controle da licitude dos contratos, especialmente a sua adequação aos valores essenciais do ordenamento e da ordem social, impondo normas proibitivas, estabelecendo o princípio da sociabilidade como um standard de conduta e permitido a retificação dos contratos (2004, p. 106)

De outra parte, é indispensável e fundamental que o direito regulatório passe a exercer atividade indispensável e relativa à garantia da licitude dos negócios jurídicos, especificamente, considerados a partir da tutela constitucional como inserida na ordem

econômica pátria e referente à tutela da livre concorrência na forma do Art. 170 da Constituição Federal, IV.

Consoante Lorenzetti, a função proconcorrência limita contratos lesivos à concorrência, contratos vinculados e cláusulas de exclusividade, pois impedem a concorrência de mercado. (2004, p. 108).

A proconcorrência, apesar de não ser visivelmente uma frenagem, influi significativamente nas relações contratuais, uma vez que garante que as partes possam concorrer livremente no mercado, sem que haja a supressão da parte débil da relação, mesmo estando a parte “mais forte” substanciada na função econômica do contrato, a qual garante que o contrato deverá cumprir sua função de gerar lucros e que os negócios sejam cumpridos.

Ao mesmo passo está a função ambiental, que garante duras normas, limitando a atividade econômica de desenvolvimento, a garantir, assim, que não haverá o enriquecimento a todo custo, sem a preservação do bem público coletivo.

A função não discriminatória impede situações que, de algum modo, violam as bases igualitárias firmadas nos direitos fundamentais, como, por exemplo, na proteção contratual das minorias, especialmente, nos contratos trabalhistas, vedação de publicidade discriminatória etc. (LORENZETTI, 2004, p. 109).

A função não discriminatória é algo necessariamente suscitado no ordenamento jurídico, por meio da crescente evolução e do fortalecimento das garantias de liberdades de gênero e de não discriminação por parte das instituições públicas e privadas. Tal garantia é fundamental para uma sociedade justa, igualitária e que cumpre suas funções.

A dinâmica e a realização das funções do contrato representam meios para o alcance dos fins do contrato, tanto criando ou extinguindo direitos, como realizando operações econômicas e resultados sociais.

Nos contratos de massa, considerando as tutelas específicas em favor do hipossuficiente, regulamentação das cláusulas abusivas, a inversão do ônus da prova e, enfim, a proteção geral, à parte mais fraca são dirigidas a potencializar, principalmente, o difícil equilíbrio entre interesses econômicos e interesses sociais.

3 A INFLUÊNCIA DA ORDEM PÚBLICA NO ORDENAMENTO CONTRATUAL

A ordem pública tem forte influência sob as relações contratuais e seus regulamentos, haja vista estar esta intrínseca e extrinsecamente envolvida nestas relações por meio de suas instituições.

“A ordem pública tem como objetivos a proteção do livre consentimento, da parte fraca, a coordenação das condutas individuais para dotá-las de sociabilidade e a direção econômica” (LORENZETTI, 2004, p. 89).

[...] os economistas admitem que as escolhas que as pessoas fazem são influenciadas pelos sistemas de incentivo a que estão sujeitas, porque estes alteram os custos e benefícios das diversas opções disponíveis (RODRIGUES apud RIBEIRO, 2015, p. 84).

A força política do momento vivenciado pela sociedade, com muita clareza, afeta e afetará as relações negociais, sobretudo, em momentos de crise e inflações econômicas. Neste passo, os valores destinados aos bens e serviços sofreram valorização ou redução de preço, como bem preleciona Vasco Rodrigues:

[...] o comportamento individual é alterado pelo enquadramento legislativo: se determinado comportamento é proibido, e punido, a sua relação custo benefício torna-se menos atractiva do que se não o é. A lei pode assim, ser pensado como um sistema de incentivos e analisar o sistema de diferentes sistemas de incentivos são uma das grandes preocupações dos economistas (RODRIGUES apud RIBEIRO, 2015, p. 84).

Conforme já vislumbrado, a ordem pública deve, como detentora da prerrogativa de proteção social e das relações sociais e negociais, estabelecer regras e leis para a propagação do bem-estar geral.

“A proteção fornecida pelas instituições (leis e poder judiciário) incentiva a cooperação entre os sujeitos contratantes, [...] cumprir o pacto firmado é evidenciado pela cooperação de ação e que varia conforme seja maior ou menor a possibilidade legal de exigir o seu cumprimento” (RIBEIRO, 2015, p. 149).

O bem-estar geral de que trata Lorenzetti (2004, p. 98) é aquele em que as relações contratuais estão formuladas e adimplidas no princípio da boa-fé, ou seja, o que está sendo firmado está sendo cumprido.

Neste sentido, Ribeiro (2015, p. 149) esclarece que não só a proteção legal atua para fomentar a cooperação contratual, mas também as variáveis de cunho eminentemente moral, como a reputação e a credibilidade.

De outra parte, a ordem pública tem função de coordenar o conjunto das normas imperativas de controle da licitude dos contratos, especialmente sua adequação aos valores essenciais do ordenamento e da ordem social, impondo normas proibitivas, estabelecendo o princípio da sociabilidade como um standard de conduta e permitido a retificação dos contratos. Por outro lado, ainda, a ordem pública possui função de direção econômica estabelecida constitucionalmente e é concretizada nas diversas legislações (LORENZETTI, 2004, p. 100-102).

A respeito da vinculação dos contratos empresariais com o desenvolvimento sustentável, verifica-se que:

A função social da empresa, voltada para a melhoria das condições de vida de toda a sociedade, está, portanto, totalmente vinculada com a questão do desenvolvimento sustentável. E o contrato, interpretado à luz dos princípios da função social, da boa-fé e da equidade, estão, também, vinculados ao desenvolvimento sustentável. Os contratos empresariais, nos quais as duas partes contratantes exercem a atividade empresarial, mesmo que possuam características que os diferenciem dos contratos

firmados por pessoas comuns, também estão vinculados ao desenvolvimento sustentável. (MAIA; MAIN, 2015, p. 244).

Por esta linha de consideração, as funções dos contratos delimitadas e protegidas pela ordem de direção e de coordenação vinculam-se ao desenvolvimento sustentável consoante à Constituição Federal, sendo um dos objetivos fundamentais da República. “Pelos motivos expostos, o desenvolvimento, entendido como um dos valores constitucionais supremos, somente se esclarece, interna e externamente, se conjugado à sustentabilidade multidimensional” (FREITAS, 2016, p. 117).

O contrato constitucionalizado está adstrito à metódica constitucional e, portanto, deve ser considerado o estreito liame existente em relação à sustentabilidade econômica e social para alcançar a proteção que se espera em relação aos contratantes, em um ambiente resguardado pela harmonia, cooperação e solidariedade, em sua essência, assentados na boa-fé objetiva.

De fato, os direitos econômicos, sociais e culturais são direitos conectados com objetivos e finalidades do Estado [...] com uma razão econômica que também sublinha diferente tratamento dos direitos civis e políticos daqueles econômicos, sociais e culturais (FACHIN, 2015, p. 91-92).

Neste sentido, o desenvolvimento é construído por meio de processo complexo e multifacetado devendo levar em consideração as necessidades humanas mais essenciais, e, neste ponto são realçadas as funções econômica e social do contrato considerando a via comum por onde transitam ao mesmo tempo. Há, neste contexto, consequências econômicas e sociais exclusivas da relação negocial e possibilitadoras da contribuição expressiva ao desenvolvimento sustentável.

Por outras palavras, a sustentabilidade do desenvolvimento, afastadas as credices no progresso linear e automático, não é, como muitos imaginam, um princípio trivial de continuidade do crescimento econômico cego, a qualquer custo. Tampouco pode ser vista como relacionada a empreendimentos dirigidos à estrita e imediatista satisfação de necessidades materiais, não raro artificialmente fabricadas (FREITAS, 2016, p. 79).

A produção, circulação de bens, produtos e serviços são condições indispensáveis ao trânsito jurídico negocial e vice-versa. Desta interdependência, dentre outras, decorre em maior ou menor grau, o desenvolvimento econômico e social da sociedade e, nessa esteira, apreende-se a funcionalização do contrato, devendo materializar além das próprias funções a contribuição positiva em relação ao desenvolvimento sustentável.

Sustentabilidade é um valor supremo, que se desdobra no princípio constitucional que determina, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e

eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de um modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar (FREITAS, 2016, p. 140).

Conforme foi ressaltado, a fim de aproximar relações contratuais e desenvolvimento, diminuindo a distância da abordagem referente à matéria, cabe apontar para a transposição que conduz à aproximação entre funcionalidade e desenvolvimento, residindo em ambos os contextos a indispensável sustentabilidade, especialmente consideradas na realização dos direitos econômicos, sociais e culturais. Neste diapasão, ressalta-se a universalidade negocial decorrente da mundialização da economia, remarcando a indispensável inter-relação com o firme propósito de instrumentalizar o processo de integração com vistas à realização dos anseios econômicos e sociais atrelados às necessidades humanas de conformidade com o novo entendimento acerca do desenvolvimento.

As influências da ordem pública nas relações contratuais são de *per si* necessárias considerando a indispensabilidade da regulação adequada para contribuir na elevação e proteção dos pactos e a profunda ligação entre a funcionalização e o desenvolvimento.

4 CONCLUSÃO

A investigação das funções contratuais indicam na cena da evolução dos contratos possibilidades plurais decorrentes da conjugação entre funções tradicionais e a socialização resultante da atualidade dos pactos.

A ruptura paradigmática, observada a partir da crise do contrato, contribui para redesenhar as funções do contrato e, nesse sentido, indicar a importância da análise conjunta das funções em pauta.

A função originária do contrato de constituir direitos e impor deveres, regulando e extinguindo entre as partes a relação negocial, permanece como função originária e natural dos negócios jurídicos. Por esta função, destaca-se a alta carga da dinâmica contratual em relação ao trânsito jurídico, possibilitando ao trânsito jurídico atender às demandas negociais dos mercados mundializados e, em especial, à complexidade de tais relações na medida em que contratos individuais e coletivos demandam, cada vez mais, a absorção de novas realidades contratuais.

A função econômica do contrato, vinculada às operações jurídicas patrimoniais, decorrem da tradição do paradigma liberal e da concepção clássica do contrato como operação econômica que de fato o é, sendo, entretanto, indispensável sua releitura, com vistas à consideração de sua integração com a função social como escopo da ordem econômica.

A função social no ordenamento jurídico pátrio vincula-se à metódica constitucional e à previsão da codificação civilista, promovendo revisão importante em relação às funções do contrato por agregar ao ambiente negocial funcionalidade decorrente dos fins do direito e do direito negocial, considerando a transação negocial como essencial à tutela dos interesses sociais e de conformidade como a democratização dos pactos.

Compete ao Estado, por meio da ordem pública, garantir que as relações negociais sejam protegidas, com vistas à realização do contrato.

A ordem pública tem por objetivo a proteção da livre iniciativa, do livre consentimento, a proteção da parte mais fraca, o equilíbrio contratual, inibindo e sancionando, quando necessário, a ilicitude do contrato.

As instituições operantes incentivam o cumprimento dos pactos e a cooperação entre os sujeitos contratantes e os custos da operação tornam-se adequados fomentando a cooperação contratual e evitando a exploração do mais forte contra o mais fraco, a observar a tutela do consumidor como hipossuficiente e parte débil da relação contratual.

Pela atribuição da função de coordenação específica da ordem pública é que decorrem as normas imperativas necessárias ao controle da licitude dos contratos e na adequação dos valores essenciais do ordenamento e da ordem social.

As normas de coordenação vinculam-se à questão indissociável e referente ao desenvolvimento sustentável em sua concepção multidimensional e, nesta quadra, considerando a vinculação ao cumprimento das funções do contrato alicerçando o crescimento econômico equilibrado e respeitadas as expressões dos valores econômicos e sociais que integram o universo negocial e bem por isto, agregando-se às ponderações a consideração referente à sustentabilidade negocial, como sendo aquela decorrente da observação do vínculo indissociável entre as funções de criação, regulação e extinção de direitos e deveres no plano contratual, observadas as funções econômica e social de forma ponderada a fim de contribuir para com o desenvolvimento sustentável.

À ordem pública cabe zelar pela concretização das funções do contrato sendo imperativa a tutela da licitude dos pactos lastreados na boa-fé objetiva e respeitando os princípios constitucionais da livre concorrência, objetivando gerar lucros adequados de conformidade com a natureza da transação, respeitando o meio ambiente como bem público coletivo, assegurando garantias e liberdades consoante a ordem econômica de cada ordenamento jurídico.

5 BIBLIOGRAFIA

BETTI, Emilio. **Teoria generale del negozio giuridico**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1994.

BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 de janeiro de 2002.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002: Código Civil.

FACHIN, Melina Girardi. **Direitos Humanos e Desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FERREIRA, Jussara S. A. B. N. Interdependências do Negócio Jurídico: Estado, Instituições e Responsabilidade Civil. In: Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira; Ana Claudia Zuin Mattos do Amaral. (Org.). **Empresa, Negócio e Responsabilidade Civil**. 1ª ed. Florianópolis: Qualis, 2015, v. 1, p. 6034-6660.

FERREIRA, Jussara S. A. B. N.; MAZZETO, Cristiano de Souza. **Constitucionalização do Negócio Jurídico e Ordem Econômica**. Argumentum (UNIMAR), v. 5, p. 30-47, 2005.

FORGIONI, Paula A. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**. 2ª ed. revista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: Direito ao Futuro**. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Tratado de los contratos: parte general**. Segunda edición 2010. Rubinzal Culzoni Editores, 2004.

MAIA, E. L.; MAIN, L.A. **Os contratos empresariais como instrumento do desenvolvimento sustentável**. Congresso Nacional do CONPEDI – UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. 2015: Belo Horizonte).

MARTINS COSTA, Judith. **Os direitos fundamentais e a opção culturalista no novo código civil**. In Constituição, direitos fundamentais e direito privado. Ingo Wolfgang Sarlet, organizador; Aldacy Rachid Coutinho ... [et al.]. -- Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2005.

MATOS, L. M; MARQUESI, R, W; **Intermediação No Comércio Eletrônico E Os Contratos De Compras Coletivas: Adequação Ao Sistema Positivo Brasileiro**. Congresso Nacional do CONPEDI – CONPEDI/UNICURITIBA (22.2013: Curitiba).

NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno (em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional**. Curitiba: Juruá, 2001.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Teoria Geral dos Contratos: contratos empresariais e análise econômica**/Marcia Carla Pereira Ribeiro, Irineu Galeski Junior. – 2ª ed revista, atualizada e ampl.—São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

RODRIGUES, Vasco. **Análise económica do direito**. Coimbra: Almedina, 2007.

ROPPO, Enzo. *il contratto. bolonha: il mulino*, 1977. Tradução Portuguesa de Ana Coimbra e Manuel Januário Costa Gomes. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 1988.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Função Social do Contrato: primeiras anotações**. In Revista dos Tribunais. vol. 823, p. 67 – 86, 2004.

TAPAI, Giselle de Melo Braga (coord.). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito & Economia**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TIMM, Luciano Benetti. **Ainda sobre a Função Social do Direito Contratual no Código Civil brasileiro: justiça distributiva versus eficiência econômica**. Revista da Associação Mineira de Direito e Economia. vol. II, 2009.

XAVIER, José Tadeu Neves. Orientadora MARQUES, Claudia Lima. **A nova dimensão dos contratos no caminho da pós-modernidade**. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito. Porto Alegre, 2006.