

**XXVII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI PORTO ALEGRE – RS**

DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL I

FERNANDO GUSTAVO KNOERR

RIVA SOBRADO DE FREITAS

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente **Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente **Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente **Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente **Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch UFSM – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho Unifor – Ceará

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta Fumec – Minas Gerais

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro UNOESC – Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito civil constitucional I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Fernando Gustavo Knoerr; Riva Sobrado de Freitas. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-696-3

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

Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34



XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL I

Apresentação

Realizou-se em Porto Alegre - RS, entre os dias 14 a 16 de novembro de 2018, o XXVII Congresso Nacional do Conpedi, com o tema Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito.

Com a participação ativa de professores, pesquisadores, mestrandos e doutorandos de todo o país, o evento revela o amadurecimento acadêmico e a aproximação da teoria à realidade social, assim, contribuiu significativa e democraticamente para a exposição de ideias, para o desenvolvimento de debates acadêmicos e para a apresentação dos resultados das pesquisas realizadas atualmente pelos Programas de Pós-Graduação em Direito do Brasil.

Os artigos científicos apresentados especificamente ao Grupo de Trabalho de Direito Civil Constitucional I durante o XXVII Congresso Nacional do Conpedi, ultrapassam o comprometimento dos pesquisadores brasileiros com o desenvolvimento do pensamento jurídico estratégico nas empresas, atinge, sobretudo, o fortalecimento dos estudos voltados para a constante constitucionalização do direito civil e suas relações de natureza privada.

Nesse sentido, em uma perspectiva disciplinar, interdisciplinar e pluridisciplinar, própria dos tempos atuais, foram apresentados e/ou debatidos no âmbito do GT de Direito Civil Constitucional I, temas absolutamente relevantes para o desenvolvimento do Direito no Brasil, tais como: Indenização nas relações de família; A compatibilidade constitucional da eutanásia com o ordenamento jurídico do Brasil por meio do neoconstitucionalismo; A dicotomia entre direito público e privado sob a perspectiva da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares; A função social dos contratos e sua expressão a partir do princípio da solidariedade: um exemplo de constitucionalização do direito civil brasileiro; A multipropriedade imobiliária e a rediscussão do princípio *numerus clausus*; Análise de coesão do conceito da função social do contrato na doutrina; Análise dos limites ao duplo grau de jurisdição: Possibilidade legal ou infração constitucional? Da união poliafetiva e suas implicações no mundo contemporâneo; Estatuto da pessoa com deficiência, direitos fundamentais e os conflitos diante da realidade empírica: breves apontamentos sob a ótica do direito e da psiquiatria; Função e limites da igualdade no direito privado; O conceito de pessoa com deficiência e a proposta de um diálogo de cortes: análise da sua significação no sistema interamericano de direitos humanos e na jurisprudência dos tribunais superiores;

O direito civil constitucional: novo paradigma do direito privado no ordenamento jurídico brasileiro; O emprego da legitimação fundiária sobre as áreas de titularidade privada: um exame acerca da proporcionalidade do artigo 23 da lei 13.465/17; Propedêutica da verdade no direito processual constitucional brasileiro; Transparência nas relações médico-paciente: a informação à luz dos direitos da personalidade; Usucapião extrajudicial: Introdução do instituto no ordenamento pátrio e os problemas decorrentes de falhas legislativas à luz de direitos fundamentais.

Diante da atualidade e relevância dos temas abordados, a preocupação acadêmica expressada nos trabalhos, bem como pertinência temática com a realidade, espera-se que a publicação dos artigos apresentados durante o evento possa contribuir ainda mais para o desenvolvimento do ensino e da pesquisa do Direito Civil Constitucional no país, mas também para o fortalecimento ainda maior da base de dados disponível para o trabalho acadêmico de professores, alunos e pesquisadores do Direito.

Prof. Dr. Riva Sobrado de Freitas – UNOESC

Prof. Dr. Fernando Gustavo Knoerr – UNICURITIBA

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

ANÁLISE DE COESÃO DO CONCEITO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO NA DOUTRINA

ANALYSIS OF COHESION OF THE CONCEPT OF THE SOCIAL FUNCTION OF THE CONTRACT IN THE DOCTRINE

**Victor Bruno Rocha Araujo
Antonio Pedro De Melo Netto**

Resumo

O presente texto aborda a função social do contrato, construindo uma análise de coesão do tema em busca da eventual existência de um significado ou fundamento único na doutrina que versa sobre o tópico. De modo a pôr o tema em contexto, inicia-se com uma análise da legislação nacional, seguida por uma comparação doutrinária observando-se autores de diversas esferas jurídicas e encerrando com uma exposição sistemática de todo o apurado o que revela a existência de conceitos múltiplos e, em muitos casos mutuamente contraditórios.

Palavras-chave: Análise de coesão, Princípio, Conceito, Função social do contrato, Doutrina

Abstract/Resumen/Résumé

The present text aim the social function of the contract, constructing a cohesion analysis of the theme in search of an eventual existence of a single meaning or foundation in the doctrine that deals with the topic. In order to put the theme in context, it should begin with an analysis of national legislation, followed by a doctrinal research, observing authors from different legal spheres, and closing with a systematic exposition of all which reveals a existence of multiples concepts, that are, in many cases, mutually contradictory.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Cohesion analysis, Principle, Concept, Social function of the contract, Doctrine

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Cidadã, promulgada em 1988, é a primeira a encarar de frente o dever social dos institutos jurídicos na promoção do desenvolvimento humano. Assim, pode-se vislumbrar em toda sua estrutura diversas referências diretas ou não à responsabilidade do direito perante a coletividade, como vislumbra-se no art. 1, IV, art. 5, XXIII e XXIV, entre tantas outras, pois há 86 referências à palavra social no corpo do seu texto.

Entretanto, nenhuma deles refere-se diretamente à função social do contrato, tema central deste artigo, que só foi inserida na legislação pátria, a partir do Código Civil de 2002. Isto, obviamente, não significa que antes este elemento não era discutido ou aplicado, mas demonstra a crescente importância que ele ganhou com o passar dos anos, já que a positivação é uma clara forma de proteção de valores humanos.

Porém, o legislador em nenhum momento propôs-se a elaborar um conceito para o instituto, deixando essa tarefa para a doutrina e para jurisprudência, autorizando um exercício de hermenêutica extenso e, portanto, muitas vezes contraditório, o que termina por fragilizar o próprio instituto, sua aplicação e o contrato.

Ainda assim, a chamada “função social do contrato” tem ganhado manifesto destaque em fundamentações jurídicas e na doutrina nacional nos mais diversos ramos do direito. Neste sentido, um bom indicador do aumento da sua relevância se encontra no aumento no número de fundamentações apresentadas pelo Superior Tribunal de Justiça baseadas na função social, que entre 2003 e 2006 foram apenas 5 acórdãos, já entre 2013 e 2016 este número saltou para 44.

Este crescente interesse se revela como natural diante da importância dada pelo ordenamento jurídico brasileiro ao direito obrigacional, todavia qualquer breve comparação entre alguns destes textos e fundamentações revelará uma notável incongruência entre os diversos conceitos apresentados.

Nesta esteira, o presente trabalho anseia por descobrir se esta incongruência é apenas superficial ou se aponta para verdades ainda mais complexas e necessidades ainda não questionadas. Assim, a doutrina atual será analisada e seus conceitos serão comparados na busca de algum fundamento ou viés conceitual único quanto à citada função social do contrato, de modo que, ao final, este, caso exista, será apresentado de

forma sistemática e objetiva. Para tanto, metodologicamente, utilizou-se de pesquisa descritiva, em relação aos seus objetivos; em relação ao procedimento técnico, é bibliográfica e documental.

2 A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO COMO REGRA POSITIVADA

Uma vez que o presente trabalho possui eminente natureza jurídica, faz-se necessário observar, como ponto de partida, o que a legislação nacional expõe sobre o tema, eis que, havendo clara conceituação qualquer debate adicional será vão.

De início, insta abordar a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), a qual não menciona diretamente a função social do contrato, entretanto parece trazer um norte geral ao assunto, e isto já em seu artigo primeiro, ao determinar como fundamento do Estado Democrático de Direito os valores sociais da livre iniciativa.

Todavia o dispositivo não fecha a questão, eis que não há qualquer garantia de que os “valores sociais” mencionados correspondem a um sinônimo de “função social”. Ademais, a “livre iniciativa” está terminologicamente vinculada à atividade econômica disciplinada a partir do artigo 170, sendo que tentar interpretá-la como manifestação da autonomia da vontade exige uma flexibilidade hermenêutica pouco aconselhada.

Entretanto, a Carta Magna cita expressamente a função social no art. 5, XXIII, mas quando trata da propriedade, determinando que esta tem um dever a cumprir perante a coletividade e que alguns autores fazem uma interpretação extensiva a partir desse ponto e dos valores sociais calcados no art. 1, IV, da CRFB, para dar base constitucional a aplicação da função social no contrato.

Seguindo a uma próxima norma, observando-se sua posição cronológica, cite-se o Código de Defesa do Consumidor (CDC), o qual foi construído e moldado com o fito de proteger e defender o consumidor, a ordem pública e o interesse social, conforme determina o os arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias. Em uma primeira leitura, é possível sustentar a presença de um silêncio quanto à função social do contrato, porém uma análise global da norma demonstra que esta proteção e defesa da “ordem pública e interesse social” são usados como fundamentos para eventual anulação de cláusulas contratuais, conforme enumeradas pelo Art. 51 do diploma:

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;

II - subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código;

III - transfiram responsabilidades a terceiros;

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

VI - estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor;

VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem;

VIII - imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor;

IX - deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor;

X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral;

XI - autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor;

XII - obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor;

XIII - autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração;

XIV - infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais;

XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor;

XVI - possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias.

§ 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:

I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;

II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual;

III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

Assim, o Código de Defesa do Consumidor mantém o silêncio conceitual da Constituição Federal, entretanto, contextualmente vai além, apontando para uma possível relação entre função social como estando vinculada à defesa do hipossuficiente, à ordem pública e/ou à superação de externalidades negativas nos moldes opostos por Anthony Ogus (OGGUS, 2004).

Em comparação à CRFB e ao CDC, o Código Civil (CC) é claro na escolha das palavras. Neste sentido, ele destina todo o título V para dispositivos relativos aos contratos em geral, e a seção I, já em seu primeiro artigo (o 421), estabelece que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. Entretanto, sobre o tema só existe uma outra menção, a qual é feita nas disposições finais e transitórias, no parágrafo único do artigo 2.035, o qual estabelece 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”.

Isto posto, parte da doutrina entende que a intenção do legislador era aplicar aos contratos a mesma função social que é aplicada à propriedade, inclusive à empresa, apesar da falta de referência, por entender que ela é um tipo de propriedade. Esta imposição tem vinculação direta com a criação do Estado de Bem Estar Social e as teorias Keynesianas que influenciaram a Constituição, retirando o foco do indivíduo ou das liberdades individuais e privilegiando a coletividade, a sociedade.

Porém, na ausência de oferta de um conceito fechado pelo constituinte e pelo legislador, permitiu que a função social variasse conforme os valores de um determinado tempo histórico e portanto, ela pode apresentar os mais variados conceitos a depender dos valores de quem a defende ou do enredo do conflito, causando instabilidade e insegurança jurídica.

Vale ainda salientar que parte da interpretação jurídica indicam que a função social da propriedade está descrita no art. 1.228, §1º, da Constituição Federal, que reza que o direito de propriedade deve ser desempenhado em harmonia “com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas” (BRASIL, 1988). Desta maneira, se poderia utilizar deste indicativo para interpretar a função social do contrato.

Entretanto, vislumbra-se que em nenhum momento o legislador afirma que o termos apresentados no art. 1.228, § 1º referem-se à função social da propriedade ou de qualquer outra. Assim, o exercício de hermenêutica para sua aplicação por analogia ao contrato é audaciosa, tendo em vista que o direito civil como um todo tende a mostrar aversão a exercícios hermenêuticos elásticos, por fragilizar a segurança jurídica nas relações privadas. A exceção seria a parte relativa ao Direito das Famílias.

Assim, a norma aplicável ao direito obrigacional como um todo mostra-se, assim, silente quanto ao conceito da função social do contrato, e até mesmo sobre o que seria uma função social enquanto gênero, entretanto, ela apresenta contornos gerais do tema, o

qual, conforme já exposto, parece estar relacionado com a defesa do hipossuficiente, com a ordem pública e/ou com a superação de externalidades negativas.

3 A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO NA VISÃO DA DOUTRINA

A doutrina nacional, desde a prolação do Código Civil de 2002, vem vivenciando um crescimento exponencial de abordagens sobre este tópico, sendo curioso quão diversas se mostram estas abordagens e nas mais variadas áreas do direito, como o direito civil, trabalhista e empresarial, os quais, ao versarem sobre este tópico, naturalmente atuaram além de suas competências específicas e se manifestaram sobre o direito obrigacional, enquanto ramo autônomo do direito privado, sendo, assim, pertinentes ao presente estudo.

De início cite-se Carlos Roberto Gonçalves, para o qual a justiça deve aplainar desigualdades substanciais entre contratantes, sendo este o sentido de “social” usado pelo Código Civil. Sua leitura sobre a postura desta norma é a de que o contrato possui um aspecto individual, relativo aos contratantes, e outro público, que é o interesse da coletividade sobre o contrato:

Com efeito, o sentido social é uma das características mais marcantes do novo diploma, em contraste com o sentido individualista que condiciona o Código Beviláqua. Tem por escopo promover a realização de uma justiça comutativa, aplainando as desigualdades substanciais entre os contraentes. (GONÇALVES, 2014, p. 24)

O mesmo autor continua

É possível afirmar que o atendimento à função social pode ser focado sob dois aspectos: um, individual, relativo aos contratantes, que se valem do contrato para satisfazer seus interesses próprios, e outro, público, que é o interesse da coletividade sobre o contrato. Nessa medida, a função social do contrato somente estará cumprida quando a sua finalidade — distribuição de riquezas — for atingida de forma justa, ou seja, quando o contrato representar uma fonte de equilíbrio social (GONÇALVES, 2014, p. 26.)

Portanto, para este, a citada função social é, ao mesmo tempo, destinada a servir (i) a sociedade (em contraponto aos indivíduos) e (ii) aos mais necessitados dadas as suas “desigualdades substanciais”, entretanto o autor não se dedica a explicar como esta duplicidade conceitual pode prevalecer, nem o que deve ocorrer diante de eventuais conflitos ou mesmo quais fundamentos usou para chegar às suas conclusões.

Esta mesma dubiedade também pode ser constatada em Guilherme Manhães:

O contrato, além de sua serventia econômica, uma vez que é ele quem promove a circulação de bens e serviços, revela também em suas raízes uma função social. É que os interesses individuais das partes contratantes devem ser exercidos em conformidade com os reclames sociais. A função exclusivamente individual é incompatível com o Estado social, razão pela qual o constituinte de 1988 fez estabelecer que toda a atividade econômica (e o contrato é instrumento dela) fica subordinada à primazia da justiça social, de modo que os interesses sociais são prevaletentes.

[...]

É o que se tem, por exemplo, quando ao aderente do contrato (a parte presumidamente mais frágil da relação) não se possibilita travar qualquer manifestação no que concerne às cláusulas estabelecidas com antecedência pelo outro contratante, de sorte que a satisfação de seus próprios interesses acaba por sofrer ameaça e, conseqüentemente, põe-se em cheque a função social do contrato. (MANHÃES, 2009, p. 21–24)

E em Antônio Jeová Santos:

[...]o caráter social do contrato deve predominar sobre o individual. O contrato deixa de ser considerado um tema particular, interessante somente para as partes contratantes. Na vida econômica e social, o contrato não afeta somente interesses dos que nele intervêm, mas se transforma numa instituição social. (SANTOS, 2004, p. 126)

Perceba que a ênfase na necessidade não é nova e se mostrou bem explícita por Mosset Iturraspe, o qual, versando sobre a ênfase da função social nos contratos modernos assim dispôs:

Pensamos que é esta a concepção que existe na atualidade no mundo ocidental, com matizes de certa importância. Está fundada no desejo de proteção aos economicamente débeis, assegurando assim uma maior justiça contratual (ITURRASPE, 1995, p.15)

Já Miguel Reale, a respeito do projeto do Código Civil e da função social nele afirmada, expõe o seguinte:

Se não houve a vitória do socialismo, houve o triunfo da “socialidade”, fazendo prevalecer os valores coletivos sobre os individuais, sem perda, porém, do valor fundante da pessoa humana. Por outro lado, o Projeto se distingue por maior aderência à realidade contemporânea, com a necessária revisão dos direitos e deveres dos cinco principais personagens do Direito Privado tradicional: o proprietário, o contratante, o empresário, o pai de família e o testador. (REALE, 1999, p. 07.)

Aqui cumpre lembrar que Miguel Reale foi coordenador-geral da elaboração do novo Código Civil e, durante boa parte de sua vida, se identificou como um “socialista reformista” (CAZETTA, 2013), contexto este que pode auxiliar na interpretação de suas palavras, apontando na direção de que, ao menos para este, o termo “social” deve ser lido em contraste com “individual”.

Neste mesmo sentido segue Humberto Theodoro Júnior, para o qual “a função social dos contratos versa sobre a liberdade contratual em seus reflexos sobre a sociedade (terceiros), e não apenas no campo das relações entre as partes que o estipulam (contratantes)” (THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 29).

Neste diapasão, Gagliano e Pamplona Filho (2017, p. 405) afirmam que a função social do contrato pode ser “delimitada no espaço jurídico de atuação em que se projeta” e que “na sua perspectiva intrínseca, propugna por um tratamento idôneo das partes, na consideração, inclusive, de sua desigualdade real de poderes contratuais” (GAGLIANO & PAMPLONA FILHO, 2017, p. 405) e “em segundo plano, o contrato é considerado não só como um instrumento de circulação de riquezas, mas, também, de desenvolvimento social” (GAGLIANO & PAMPLONA FILHO, 2017, p. 405).

Apontando em direção mais contundente, tem-se o posicionamento de autores como Orlando Gomes e Flávio Tartuce, para os quais o desrespeito à função social do contrato apenas ocorreria com a ofensa a interesses coletivos (meio ambiente, concorrência etc.), lesão à dignidade da pessoa humana e a impossibilidade de obtenção do fim último visado pelo contrato (GOMES, 2007; TARTUCE, 2007). Em sentido semelhante segue Calixto Salomão Filho, o qual assevera:

[Quanto ao] princípio da função social é óbvio que em matéria de contratos o interesse desloca-se para a precisa definição desses efeitos sociais, que nada mais são que a identificação dos interesses de terceiros dignos de tutela e passíveis de serem afetados pelas relações contratuais. (SALOMÃO FILHO, 2013, p.10)

Com ideias diametralmente opostas e conceito notadamente mais amplo encontra-se Nelson Nery Júnior, para o qual a função social é cláusula geral que permite ao juiz preencher seu significado com valores jurídicos, sociais, econômicos e morais. Este ainda segue seu raciocínio afirmando que:

o contrato estará conformado à sua função social quando as partes se pautarem pelos valores da solidariedade (CF, 3º, I) e da justiça social (CF, 170, caput), da livre-

iniciativa, for respeitada a dignidade da pessoa humana (CF, 1º, III), não se ferirem valores ambientais (CDC, 51, XIV) etc. Haverá desatendimento da função social, quando a) a prestação de uma das partes for exagerada ou desproporcional, extrapolando a álea normal do contrato; b) quando houver vantagem exagerada para uma das partes; c) quando quebre a base objetiva ou subjetiva do contrato etc (NERY, 2003, p. 427).

Antônio Junqueira de Azevedo segue a corrente clássica, apontando nesta função social “o dever da sociedade para zelar pelos contratantes e destes para cuidarem dos interesses daquela, em obediência ao interesse público, de modo a impedir atos que venham a prejudicar a coletividade, tanto quanto que esta venha a causar dano ilícito aos particulares” (AZEVEDO, 1998. p. 116).

Posição semelhante é a defendida por Teresa Negreiros, a qual defende que “o contrato não deve ser tido como uma relação jurídica que só interessa às partes contratantes, impermeável às condicionantes sociais que o cercam e que são por ele próprio afetadas” (NEGREIROS, 2002. p. 206).

Aplicando a teoria da regulação e demonstrando raízes de influência no “Law and Economics”, Araken de Assis afirma que o contrato cumprirá sua função social quando respeitar “sua função econômica, que é a de promover a circulação de riquezas, ou a manutenção das trocas econômicas, na qual o elemento ganho ou lucro jamais poderá ser desprezado, tolhido ou ignorado, tratando-se de uma economia de mercado”. E segue:

[...] toda vez que o contrato inibe o movimento natural do comércio jurídico, prejudicando os demais integrantes da coletividade na obtenção dos bens da vida, descumpra sua função social. Figure-se o caso de a empresa de banco, que conhece o fato de o conjunto habitacional se encontrar ocupado por inúmeras pessoas, mediante pré-contratos firmados com a construtora, todavia recebê-lo como garantia hipotecária de um empréstimo destinado a outros empreendimentos e invocar a eficácia erga omnes do gravame na ulterior execução do crédito. O contrato de mútuo- - hipotecário obstou à destinação normal das unidades autônomas, construídas para serem adquiridas e ocupadas para fins habitacionais, e incidiu no veto do art. 421, in fine. Assim se resolveu, em que pese desnecessária invocação do princípio da boa-fé objetiva, o ‘Caso Encol’. (ASSIS, 2007, p. 85-86)

Para Gladston Mamede, a função social do contrato aponta para o interesse da sociedade sobre o do indivíduo, sociedade esta que pode se manifestar tanto na forma de um grupo específico e homogêneo como de um grupo difuso:

O interesse privado não mais se caracteriza como um espaço de arbítrio individual absoluto, campo para a manifestação plena e ilimitada de uma autonomia de cada cidadão. Pelo contrário, mesmo para o exercício de tais direitos, será necessário considerar a função social de coisas e de direitos, embora respeitando as garantias

constitucionais elementares à dignidade, igualdade, legalidade, além de liberdades fundamentais, destacado o direito à intimidade. (MAMEDE, 2010, p.26)

E, para Fábio Ulhoa Coelho, a função social insculpida como cláusula geral no Código Civil não se refere à consolidação da civilização ou à afirmação da individualidade, mas sim à uma limitação da liberdade de contratar, no sentido da invalidade dos contratos que não a cumprem. Tal autor ainda acrescenta ao seu conceito a definição de externalidades, afirmando:

A cláusula geral da função social é uma expansão da relatividade, com vistas a impedir que possam ser afetados negativamente pelo contrato quaisquer interesses públicos, coletivos ou difusos acerca dos quais não possam dispor os contratantes.

Não atende à função social, assim, os contratos cuja execução possa sacrificar, comprometer ou lesar, de qualquer modo, interesses metaindividuais. É o caso, por exemplo, da empreitada, em que o dono de gleba de terra vizinha a um rio contrata a construção de edifício fabril com a derrubada da mata ciliar; do mandato, em que o anunciante incumbe à agência de propaganda a tarefa de produzir e providenciar a veiculação de publicidade abusiva; da locação de imóvel urbano tombado pelo patrimônio histórico, em que o locatário é autorizado a promover eventos que exponham a risco o bem a preservar, como ruidosas raves ou insalubres exposições de animais. Nesses três exemplos, interesses públicos, difusos ou coletivos acerca dos quais não têm os contratantes a disponibilidade são negativamente afetados pelo contrato. O dano ambiental, a publicidade enganosa e a sutil forma de impor degradação ao imóvel tombado são efeitos dos contratos que violam o meio ambiente, os direitos dos consumidores e o patrimônio histórico. Desatende-se, nesses casos, à função social exigida dos negócios contratuais.

[...]

Cumpra sua função social o contrato que não sacrifica, compromete ou lesa interesses metaindividuais (públicos, difusos ou coletivos) acerca dos quais não têm os contratantes a disponibilidade. O contrato que descumpra a função social, prejudicando interesses dessa ordem, é nulo. (COELHO, 2012, p. 42)

Perceba que todas essas posições são bem diferentes da defendida por Clóvis Beviláqua, para o qual o contrato possuía duas funções sociais, uma correspondente à “pacificação dos egoísmos em luta” eis que viabiliza a conciliação de interesses conflitantes, e outra quando da afirmação da individualidade das pessoas, dado que, quanto maior o número de contratos em que se envolve o sujeito, mais forte e extensa é sua personalidade (BEVILÁQUA, 1895, p. 153/155).

4 FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO: UM ESTUDO SOBRE A COERÊNCIA ENTRE SEUS CONCEITOS DOUTRINÁRIOS E NORMAS POSITIVADAS.

Analisando-se todos os conceitos opostos tem-se que alguns padrões emergem em meio às discrepâncias observadas, padrões estes que podem ser categorizados, conforme

suas tendências, generalidades e objetivos, em quatro grandes grupos, quais sejam, (i) atendendo aos necessitados, (ii) atendendo à coletividade, (iii) atendendo ao Estado e (iv) atendendo à ampla interpretação.

De início tem-se que, para muito autores, a função social diz respeito à mecanismo pelo qual o legislador deseja proteger os mais necessitados. Quem seriam estes necessitados varia entre os doutrinadores, mas há uma tendência a igualá-los com qualquer um que possua carência econômica e/ou carência técnica. Destaca-se o fato de que nem o contexto normativo nem o contexto histórico-legal servem como fundamento deste conceito, o qual é muito mais próximo da teoria sociológica e política do que da teoria jurídica.

Outros ainda igualam a função social com o interesse público e este com o interesse da sociedade/coletividade em detrimento do indivíduo. Este grupo geral se divide em dois subgrupos: àqueles para quem os interesses da coletividade devem ser apreciados sob a ótica econômica, conforme posição de Araken de Assis, e àqueles para quem esses interesses devem atentar à proteção dos direitos difusos e externalidades em geral, conforme posição de Calixto Salomão, Orlando Gomes, Flávio Tartuce e Fábio Ulhoa Coelho.

Os integrantes deste grupo são bastante heterogêneos, mas, em sentido amplo, conformam-se na essência do fundamento. Neste ponto a conceituação oposta por Miguel Reale ganha destaque sob o argumento da autoridade. Outro fator importante é que, a despeito da ausência de um claro fundamento legal, existe um sólido fundamento contextual a firmá-lo. Como aspecto negativo cite-se que tal posição tende a não esclarecer que ferramentas seriam utilizadas para descobrir o interesse da coletividade e nem interrelaciona o tema com a ordem pública, o que parece trazer certo sustentáculo à posição ampla de Nelson Nery Junior.

Os aspectos negativos acima apontados servem de fundamento para que muitos afirmem que a função social do contrato se revelaria como não dotada de eficácia jurídica autônoma, “sendo uma espécie de orientação de política legislativa constitucional, que revela sua importância e eficácia não em si mesma mas em diversos institutos que, como expressão da função social, autorizam ou justificam soluções normativas específicas, tais como a resolução por excessiva onerosidade (CC, art. 478), a lesão (CC, art. 157), a

conversão do negócio jurídico (CC, art. 170), a simulação como causa de nulidade (CC, art. 167), e assim por diante.” (TEPEDINO, 2006)

Há ainda aqueles para os quais a expressão “função social” equivale a “interesse público”, mas, em contraste com o grupo anterior, este é sinônimo de interesse estatal e não de “grupo de indivíduos”, sendo, assim, manifestação da soberania do ente Estado sobre os anseios do indivíduo. Aqui o silêncio normativo se encaixaria como uma luva eis que o interesse estatal é notadamente manifesto na atuação política e apenas de forma secundária na esfera jurídica, também sendo possível observar dois subgrupos: (i) os que igualam a função social à princípio de proteção da ordem pública e (ii) os que igualam a função social à princípio de proteção das garantias gerais, entre os quais se incluem Antônio Junqueira, Teresa Negreiros e Gladston Mamede.

Por fim, há os que defendem a ampla interpretação do tema conforme necessidade observável no caso concreto. Assim, a função social seria, em essência, cláusula geral à servir aos interesse dos julgadores conforme exposto por Nelson Nery Júnior. Esta é a posição estabelecida pelo Conselho da Justiça Federal no enunciado 21 aprovado na I Jornada de Direito Civil:

21 – Art. 421: a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral, a impor a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito.

Nesta linha, a função social pode, essencialmente, servir a qualquer tipo de situação, tornando-se fundamento acessório a justificar a manutenção ou anulação de cláusulas, créditos, normas, decisões, etc., e isto em qualquer esfera do direito obrigacional.

5 CONCLUSÃO

A ausência de um conceito bem delimitado na legislação nacional abre espaço para as mais diversas interpretações e conclusões, as quais, conforme era de se esperar, se refletem extremamente díspares. Este fato é natural e salutar ao desenvolvimento doutrinário, entretanto a convicção oposta por muitos dos doutrinadores apresentados parece descabida e, em algumas situações, até desonesta.

Perceba que poucos foram os textos que demonstraram a existência, mesmo que remota, de alguma dúvida ou falta de clareza sobre o tema, de feita que a vasta maioria se

resume a asseverar conceitos próprios, sem qualquer fundamentação externa, e ainda omitem até mesmo a existência de conceitos adicionais, perfazendo ato demeritório ao debate acadêmico e ao crescimento doutrinário.

Outro ponto a se destacar é o fato de que muitos doutrinadores se propõem a conceituar o tópico com base em preceitos políticos e sociológicos, mesmo quando este vai de encontro aos fundamentos e contextos jurídicos, mitigando a autonomia da vontade e pondo em risco a segurança jurídica em prol dos seus valores pessoais.

Conclui-se, então, que, quanto à função social do contrato, inexistente conceito legalmente estabelecido, mas tão somente o direcionamento no sentido que esta se refere a uma limitação imposta à autonomia da vontade com o fito de (a) evitar externalidades ou (b) atender à ordem pública. Sendo precisa a assertiva de Blanchet (2004, p. 63) pela qual a função social é “expressão muito difundida, conceituação pouco compreendida.”

Importante ainda destacar que ela não corresponde a um direito a complementar o contrato, nem a beneficiar os contratantes, eis que detentora de caráter limitador da autonomia, mas sim, e em última análise, importa na imposição de deveres extracontratuais, socialmente relevantes e tutelados constitucionalmente.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. *Comentários ao Código Civil brasileiro*. Coord. de Arruda Alvim e Thereza Alvim. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. V.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual*. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 750, p. 113-120, abr. 1998. p. 116

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acessado em 08 de set. de 2018.

_____. Lei Nº 8.078 (Código de Defesa do Consumidor), de 11 de setembro de 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acessado em 08 de set. 2018.

_____. Lei No 10.406. (Código Civil), de 10 de janeiro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acessado em 08 de set. 2018.

BLANCHET, Jeanne. *O novo código civil e a função social*. In: NALIN, Paulo (Org.). *Contrato & sociedade: princípios de /direito contratual*. Curitiba: Juruá, 2004, v. I, p. 63-72.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das Obrigações*. In: COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil – Contratos*. Editora Saraiva, 2012.

CAZETTA, Felipe A., *Trajetória intelectual do integralista Miguel Reale: do socialista liberal até a crítica ao liberalismo e ao socialismo*. *Revista de Teoria da História* Ano 5, Número 10, dez/2013, Universidade Federal de Goiás: 2013.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil – Contratos*. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

GOMES, Orlando. *Contratos, atualizado por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino*, Rio de Janeiro: Forense, 2007, 26. ed., pp. 50-51. V.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, volume 3 : contratos e atos unilaterais*. – 11. ed. – São Paulo : Saraiva, 2014.

ITURRASPE, Jorge Mosset. *Contratos*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 1995.

MACHADO, Igor Ortiz. *A função social do contrato e sua perspectiva na legislação brasileira*. Rio Grande: Ambito Jurídico, disponível em <<https://goo.gl/Qpckbm>>. Acesso em 04/02/2017.

MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro, volume 5: teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas 2010.

MANHÃES, G. *A relativização do pacta sunt servanda nos contratos*. *Revista Bonijuris*, p. 21–24, 2009.

MESSINEO. *Doctrina general del contrato*. Tradução de R.O. Fontanarrosa, Santiago Sentis Melendo e M. Volterra. Buenos Aires: EJEJA, 1986.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria dos Contratos: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson. *Contratos no Código Civil — Apontamentos gerais*. In: *O novo Código Civil: estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale*. Coord. de Domingos Franciulli Netto, Gilmar Ferreira Mendes e Ives Gandra da Silva Martins Filho. São Paulo: LTr, 2003.

OGUS, Anthony. *Regulations: Legal form and economic theory*. Oxford - Portland Oregon: Hart Publishing, 2004.

POSNER, Richard A. *A economia da justiça*. Tradução Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010

REALE, Miguel. *O Projeto do Novo Código Civil: situação após a aprovação pelo Senado Federal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Função social do contrato: primeiras anotações*. Revista de direito mercantil-132, p. 14.

SANTOS, Antonio Jeová. *Função social do contrato*. São Paulo: Editora Método, 2004.

GAGLIANO, Pablo Stolze & PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Manual de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017.

TARTUCE, Flávio. *Função Social dos Contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*, São Paulo: Editora Método, 2. ed., 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O Contrato e sua Função Social*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. *Novos princípios contratuais e a teoria da confiança: a exegese da cláusula to the best knowledge of the sellers*, in *Temas de Direito Civil*, t. 2, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Notas sobre a Função Social dos Contratos*. Disponível em: <<http://goo.gl/eIIPkE>>
Acessado em 08 de fev. de 2017.