XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO CIVIL- CONSTITUCIONAL*

CÉSAR AUGUSTO DE CASTRO FIUZA

CLARA ANGÉLICA GONÇALVES DIAS

ILTON GARCIA DA COSTA

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
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

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito civil constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;
Coordenadores: Ilton Garcia Da Costa, Clara Angélica Gonçalves Dias, César Augusto de Castro Fiuza – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-035-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Constitucional. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO CIVIL- CONSTITUCIONAL*

Apresentação

Fala-se muito no fenômeno da constitucionalização do Direito Civil. Que significa isso? Significa que o Direito Civil se acha contido na Constituição? Significa que a Constituição se tornou o centro do sistema de Direito Civil? Significa que as normas de Direito Civil não podem contrariar a Constituição?

De fato, não significa nada disso. Por constitucionalização do Direito Civil deve-se entender, hoje, que as normas de Direito Civil têm que ser lidas à luz dos princípios e valores consagrados na Constituição, a fim de se implementar o programa constitucional na esfera privada. A bem da verdade, não só as normas de Direito Civil devem receber leitura constitucionalizada, mas todas as normas do ordenamento jurídico, sejam elas de Direito Privado, sejam de Direito Público. Este é um ditame do chamado Estado Democrático de Direito, que tem na Constituição sua base hermenêutica, o que equivale a dizer que a interpretação de qualquer norma deverá buscar adequá-la aos princípios e valores constitucionais, uma vez que esses mesmos princípios e valores foram eleitos por todos nós, por meio de nossos representantes, como pilares da sociedade e, consequentemente, do Direito.

Falar em constitucionalização do Direito Civil não significa retirar do Código Civil a importância que merece como centro do sistema, papel este que continua a exercer. É no Código Civil que iremos buscar as diretrizes mais gerais do Direito Comum. É em torno dele que gravitam os chamados microssistemas, como o imobiliário, o da criança e do adolescente, o do consumidor e outros. Afinal, é no Código Civil, principalmente na posse e na propriedade, na teoria geral das obrigações e dos contratos, que o intérprete buscará as normas fundamentais do microssistema imobiliário. É a partir das normas gerais do Direito de Família e da própria Parte Geral do Código Civil que se engendra o microssistema da criança e do adolescente. Também será no Código Civil, mormente na Parte Geral, na teoria geral das obrigações e dos contratos, além dos contratos em espécie, que se apoia todo o microssistema do consumidor. Não se pode furtar ao Código Civil o trono central do sistema de Direito Privado. Seria incorreto e equivocado ver neste papel a Constituição, cujos objetivos são outros que regular as relações privadas.

No entanto, apesar disso, se a Constituição não é o centro do sistema juscivilístico, é, sem sombra de dúvida, o centro do ordenamento jurídico, como um todo. É, portanto, a partir

dela, da Constituição, que se devem ler todas as normas infraconstitucionais. Isso é o óbvio mais fundamental no Estado Democrático.

O Direito Civil-constitucional não se resume à interpretação do Direito civil à luz da Constituição. Devemos entendê-lo também como instrumento de implantação do programa constitucional na esfera privada, sem, no entanto, ferir os limites legítimos impostos pela Lei, e sem suprimir liberdades privadas, como abordado a seguir.

A civilística constitucional no Brasil passou por três fases.

A primeira delas teve caráter meramente conteudístico. Em outras palavras, a preocupação era tão-somente a de identificar o conteúdo de Direito Civil na Constituição da República. Identificaram-se normas de Direito Contratual, de Direito das Coisas (principalmente relativas à propriedade), normas de Direito de Família, de Direito das Sucessões e de Direito Empresarial. Este era o chamado Direito Civil-constitucional no fim dos anos 80 e no início dos anos 90.

O grande marco teórico desta fase foi o eminente professor da Universidade de São Paulo, Carlos Alberto Bittar. Após a promulgação da Carta de 1988, veio a lume a obra Direito Civil Constitucional, que visava apontar o conteúdo de Direito Civil no texto constitucional. Assim ficou a primeira fase, adstrita a uma análise de conteúdo somente.

A segunda fase pode ser denominada interpretativa. É totalmente diferente da primeira e teve por escopo inverter a hermenêutica tradicional que, de uma certa forma, interpretava a Constituição à luz do Código Civil. Nesta segunda fase, destacou-se a necessidade e a importância de uma interpretação dos problemas de Direito Privado sob a ótica dos valores e princípios constitucionais.

Na verdade, esta segunda fase ainda não passou, nem passará, enquanto perdurar o Estado Democrático de Direito, que tem por base a Constituição.

O marco teórico desta segunda fase foi a escola do Rio de Janeiro e, principalmente, a obra do também eminente professor da UERJ, Gustavo Tepedino. Seus principais escritos a respeito do tema ainda encontram-se, até hoje, no livro Temas de Direito Civil, editado pela Renovar, no fim da década de 90.

Para Tepedino, o centro do ordenamento juscivilístico é a própria Constituição, não o Código Civil.

A escola carioca, diga-se, inspirou-se nas teses de Pietro Perlingieri, civilista italiano de grande envergadura. Outro marco importante foi a obra do professor argentino Ricardo Luis Lorenzetti, editada pela RT, em 1998, com o nome de Fundamentos do Direito Privado. Esse trabalho teve enorme repercussão em nossos meios acadêmicos, e ainda tem. Embora Lorenzetti não identifique qualquer centro no sistema, reconhece a importância da Constituição, como irradiadora de valores e princípios que devem guiar o intérprete no Direito Privado.

Por fim, a terceira fase da civilística constitucional pode ser denominada de fase programática. Nesta etapa, a preocupação já não é tão-somente a de ressaltar a necessidade de uma hermenêutica civil-constitucional, mas também a de destacar a imperiosidade de se implantar o programa constitucional na esfera privada.

Mas que programa constitucional?

Ora, a Constituição, ao elevar a dignidade humana ao status de fundamento da República, traçou um programa geral a ser cumprido pelo Estado e por todos nós. Este programa consiste em promover o ser humano, em conferir-lhe cidadania, por meio da educação, da saúde, da habitação, do trabalho e do lazer, enfim por meio da vida digna. E a própria Constituição, por vezes, fixa parâmetros e políticas para a implementação desse programa. Assim, o Direito Civil-constitucional não se resume mais ao Direito Civil interpretado à luz da Constituição, mas interpretado à luz da Constituição, com vistas a implantar o programa constitucional de promoção da dignidade humana. Em outras palavras, não se trata mais de simplesmente dizer o óbvio, isto é, que o Direito Civil deve ser lido à luz da Constituição, mas antes de estabelecer uma interpretação civil-constitucional que efetivamente implante o programa estabelecido na Constituição. Trata-se de estabelecer um modus interpretandi que parta dos ditames e dos limites da norma posta, numa ótica constitucional, assim promovendo a dignidade humana.

Resta a pergunta: como implementar esse programa?

O Estado e o indivíduo são corresponsáveis nessa tarefa. O Estado deve elaborar políticas públicas adequadas, não protecionistas, que não imbecilizem o indivíduo, nem lhe deem esmola. Deve disponibilizar saúde e educação de boa qualidade; deve financiar a produção e o consumo; deve engendrar uma política de pleno emprego; deve elaborar uma legislação trabalhista adequada; deve garantir infraestrutura; deve também garantir o acesso de todos à Justiça; deve criar e estimular meios alternativos de solução de controvérsias; dentre milhares de outras ações que deve praticar.

Os indivíduos, pessoas naturais e jurídicas, também têm sua parcela, não menos importante, na construção de uma sociedade justa. São atitudes condizentes com o programa constitucional pagar bem aos empregados (repartir o pão); agir com correção e não lesar a ninguém, como já dizia Ulpiano, há 1.800 anos; exercer o domínio e o crédito, tendo em vista a função social; dentre outras.

Mas como exigir dos indivíduos a implementação do programa?

Seguramente através do convencimento, dentro de uma política de coerção mínima, ou seja, a coerção entra, quando o convencimento não funcionar. Os estímulos tributários e de outras naturezas são também um bom instrumento de convencimento. O que não se pode admitir é a invasão violenta, ilegítima, ditatorial na esfera privada, por vezes íntima, em nome da dignidade ou da função social. Isto representaria um retrocesso histórico; estaríamos abrindo mão de liberdades duramente conquistadas. Há que sopesar os dois valores, dignidade e liberdade. Um não pode sobreviver sem o outro. O ser humano só pode ser digno se for livre. Sem liberdade, não há dignidade. Assim sendo, a dignidade há de ser implementada pelo indivíduo não por força da coerção, mas por força da persuasão, da opção livre, obtida pelo convencimento, fruto da educação. São muito importantes e eficazes as campanhas educativas. Exemplo é a campanha antitabagista, que reduziu consideravelmente o consumo do cigarro, sem se valer praticamente de qualquer tipo de coerção. Para que, então, a violência da coerção, a supressão da liberdade em outras hipóteses? O que vemos hoje é a invasão pura e simples do Estado na esfera individual, por vezes, em nome da dignidade, por vezes, sem nenhuma legitimidade, no fundo só para aumentar sua receita.

Com o escopo de adentrar os meandros desse viés constitucional do Direito Civil, apresentamos os textos da presente obra, organizados de modo a que o leitor tenha a possibilidade de percorrer as várias instâncias do Direito Civil, de forma lógica e ordenada. Temos a certeza de que a leitura será enriquecedora.

A EFICÁCIA INTERNA DA FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS COMO MATERIALIZADORA DA LIBERDADE CONTRATUAL: AUTONOMIA PRIVADA E DIREITO À (DE) LIBERDADE NO PARADIGMA CIVIL CONSTITUCIONAL

THE INTERNAL ATTRIBUTE OF THE SOCIAL FUNCTION OF CONTRACTS AS MATERIALIZER OF THE CONTRACTUAL LIBERTY: PRIVATE AUTONOMY AND RIGHT TO (OF) LIBERTY IN THE CIVIL CONSTITUTIONAL PARADIGM

Davi Guimarães Mendes

Resumo

O presente trabalho intenciona esclarecer os contornos modernos e a inter-relação, com base na doutrina civil constitucional, da eficácia interna da função social dos contratos e da liberdade contratual, o que se faz necessário em face do redimensionamento dos institutos do direito civil, provocado pelo influxo dos valores constitucionais nestes. A fim de fazer isso, realiza-se um breve apanhado histórico da função social dos contratos, apresentando-se, em seguida, os principais entendimentos acerca da caracterização da eficácia interna e externa do princípio da função social dos contratos e a conceituação moderna de liberdade contratual, em face da evolução histórica do princípio da autonomia da vontade até o princípio da autonomia privada. Por fim, analisa-se criticamente a questão, a fim de se determinar como se caracterizam modernamente e qual seria a relação existente entre a função social interna dos contratos e a liberdade contratual.

Palavras-chave: Função social, Liberdade contratual, Civil, Constitucional, Princípios.

Abstract/Resumen/Résumé

This paper aims at making clear the modern outline and the interrelation, based in the civil constitutional doctrine, of the internal atribute of the social function of contracts and the contractual liberty, which is needed in face of the resizing of the civil law institutes, caused by the influx of the constitutional values in these. In order to do this, a brief historical overview of the social function of contracts is carried out, presenting, after this, the main understandings about the characterization of the internal and external attribute of the social function of contracts principle and the modern conceptualization of contractual liberty, against the historical evolution of the autonomy of will principle until the private autonomy principle. Lastly, the subject is critically analyzed, in order to determinate how the internal social function of contracts and the contractual liberty are characterized and what is the relation existent between them both.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Social function, Contractual liberty, Civil, Constitutional, Principles.

INTRODUÇÃO

A constitucionalização do direito civil é fenômeno que representa uma paulatina reinterpretação e inovação desta área das ciências jurídicas, ao introduzir os valores constitucionais como fundamentos e limites da tutela das relações jurídicas.

Neste contexto, necessário se notar como se modificam institutos clássicos, como a liberdade contratual, e como se relacionam eles com normas como o princípio da função social dos contratos que, apesar de não mais poder ser considerada novidade no ordenamento jurídico, apenas recentemente teve seus contornos conceituais melhor delimitados.

Pretende o presente estudo contribuir para o esclarecimento de em que consistem, contemporaneamente, a eficácia interna do princípio da função social dos contratos e a liberdade contratual, e de qual seria a inter-relação destas, investigando, ainda, se aquela desempenha, como aponta parte da doutrina pátria, uma limitação a esta.

Tendo em vista o crescente consenso de que a legislação civil ordinária deve ser enxergada à luz e em função das normas constitucionais, não podem os institutos clássicos serem considerados de forma estática, sendo essencial se observar em que medida o conteúdo deles se adapta à medida que mudanças na sociedade e, por conseguinte, no direito, começam a surgir.

Cita-se, por exemplo, o princípio da autonomia privada, que é apontado como concepção moderna do princípio da autonomia da vontade, e do qual é desdobramento a liberdade contratual, indagando-se igualmente, no presente trabalho, quais seriam as distinções entre os dois princípios e o que isso representaria na conceituação de liberdade contratual.

Para responder aos questionamentos, far-se-á, por meio de uma metodologia exploratória, consistente principalmente em análise bibliográfica, uma breve narrativa histórica da ideia de função social, passando-se, em seguida, a uma exposição do que consistiriam as eficácias interna e externa do princípio da função social dos contratos e a uma perquirição de qual seria o contemporâneo conceito de liberdade contratual, à luz da doutrina civil constitucional, percorrendo-se também, para isto, um panorama histórico desta.

Por fim, analisa-se de forma crítica a questão, procurando-se determinar em que medida se relacionam a eficácia interna da função social dos contratos e a liberdade contratual, e avaliando se os entendimentos doutrinários referentes a esta temática se mostram razoáveis ou não.

1 FUNÇÃO SOCIAL: BREVE HISTÓRICO

Conforme explicação de Gustavo Tepedino (2012, p. 1), antes mesmo de se concretizar a função social como princípio jurídico, surgiu esta, no auge do liberalismo individualista do século XIX, como postulado metajurídico correspondente à função econômica que tinham os institutos na sociedade, e que justificava, portanto, suas proteções jurídicas. Isto é, servia a função social para justificar a tutela jurídica de certo instituto, dada sua relevância econômico-social (GOMES, 2002, p. 20) – no caso do contrato, por exemplo, seria a sua função social a facilitação das trocas e do comércio –.

Assumia o direito, à época, caráter unicamente estruturalista, havendo maiores preocupações em como estava ele estruturalmente posto no ordenamento jurídico, do que propriamente com sua função na sociedade e em que medida ele a alcançava (BOBBIO, 2007, p. 53).

Todavia, com a ascensão do Estado Social, no início do século XX, natural foi a redefinição do conceito de função social. Trataram pioneiramente desta temática a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição Alemã de 1919, celebrizando-se a previsão desta de que "a propriedade obriga" (DIDIER JUNIOR, 2008, p. 7), notando Farias e Rosenvald (2014, p. 200) que, à época, estava a noção de função social dos contratos inserida no conceito de função social da propriedade.

É nessa época, também, que há pela primeira vez uma adoção expressa da noção de função social pelos ordenamentos jurídicos, afastando-se o conceito de função social daquele pretérito, característico do Estado Liberal, e que a reduzia, sob uma perspectiva individualista, à função econômica, passando a função social a ter verdadeiro caráter de valorização da coletividade, como aponta Polido (2006, p. 14):

> Com relação à função social da propriedade, o artigo 153 da Constituição de Weimar primeiro estabelece a garantia e os efeitos vinculativos (*Bindungseffekte*) da propriedade privada, especialmente decorrentes da expressão "a propriedade obriga" (*das Eigentum verpflicht*). O modelo ali adotado prevê que a propriedade possa ser objeto de desapropriação por meio de lei, sem eventualmente incluir direito de indenização. Na concepção de Weimar, a propriedade não admite uma abordagem individualista, inviolável ou sacralizada, pois submete o exercício pelo titular ao interesse da coletividade.

É apenas nesse momento que vem a se reconhecer que o direito, para além da sua perspectiva estruturalista, que analisa como ele é feito para se concluir qual sua estrutura, tem também um caráter promocional, cuja análise é funcional, indagando-se para que o direito serve a fim de se determinar quais devem ser as atitudes a serem incentivadas (BOBBIO, 2007, p. 53). Neste azo, atestam Farias e Rosenvald (2014, p. 139) que em toda relação jurídica é

possível se encontrar uma estrutura e uma função, consistindo esta na promoção de atos socialmente desejáveis.

É em tal época, igualmente, que se passa a conceber uma isonomia material, e não apenas formal, diferenciando-se as duas na medida em que esta prevê simplesmente o tratamento idêntico de todos os indivíduos, ao passo que aquela, a fim de efetivar a igualdade, propõe tratamento distinto àqueles que são diferentes, na medida em que assim o são (ROCHA, 1990, p. 39).

Nada obstante, era, até então, a função social mera proposição ética, norma programática que devia conduzir a sociedade aos fins propostos, sem contudo, ter aplicação imediata ou mesmo reconhecimento dos aplicadores do direito, que permaneciam aplicando o paradigma liberal, privando de eficácia as normas constitucionais referentes à função social (AUAD, 2008, pp. 339-340).

Foi nesse contexto que a noção de função social foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro, tendo efetivamente constatado no texto constitucional do Brasil pela primeira vez na Constituição Federal de 1946[1], por meio da previsão da função social da propriedade, restando a função social dos contratos implícita nesta (CORREIA, 2009, p. 68).

Explica Eduardo Cambi (2007, pp. 4-6) que, passada a Segunda Guerra Mundial e verificadas as imperfeições do positivismo jurídico e do constitucionalismo clássicos, passa-se a procurar um referencial jurídico hábil a resguardar valores importantes à sociedade, isto é, tenta-se ir além da mera legalidade – observância das leis ordinárias –, o que leva até o desenvolvimento das doutrinas pós-positivista e neoconstitucionalista, em que há uma valorização da Constituição como diploma ideal para a proteção dos direitos fundamentais, sobretudo em seus princípios, concedendo-se a estes aplicabilidade imediata.

Segundo Pimenta (1999, p. 188), é a Constituição Federal de 1988, no Brasil, o marco da adoção desses ideais, sendo garantida a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais em seu Art. 5º, § 1º[2].

Explica Didier Jr. (2008, p. 9) que é a partir deste momento que o princípio da função social passa de norma de mero caráter programático a norma imediatamente aplicável,

---

[1] Alguns autores consideram que foi a função social da propriedade prevista, no Brasil, pela primeira vez na Constituição de 1934. Nada obstante, dada a curta vigência desta Carta Magna, e em face da sua restrita efetividade, em face do sistema político da época, prefere-se apontar o marco inicial da adoção da função social da propriedade como a Constituição Federal de 1946.

[2] Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

consistindo em grande marco. Esses acontecimentos muito influenciaram o direito privado, principalmente em função da doutrina civil constitucionalista, que aponta a necessidade de se adequar a legislação ordinária do Código Civil à Constituição Federal, e não vice-versa (TEPEDINO, 2006, p. 21).

É neste horizonte que se dá o processo de constitucionalização do direito civil, consistindo ele sobretudo na reinterpretação dos institutos clássicos sob uma ótica constitucionalizada (BARROSO, 2007, p. 20), afirmando Perlingieri (2007, pp. 12-13), sobre esta temática, que a norma constitucional passa, de mera auxiliar na interpretação das regras, a razão primária e justificadora, ainda que não única, da própria relevância da tutela das relações jurídicas, redefinindo, por isso, os fundamentos e a extensão dos institutos jurídicos, evidenciando, sobretudo, a funcionalização destes, e prevalecendo sobre as normas ordinárias.

Ainda neste contexto histórico, o que se verifica é, diante da crescente valorização dos contratos, não só como instrumento econômico, mas como fenômeno social relevante no regramento das relações entre os indivíduos (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 200), uma previsão em separado do princípio da função social dos contratos no Código Civil de 2002, por meio da cláusula geral prevista em seu Art. 421[3].

Segundo Martins-Costa (2006, pp. 90-91), Azevedo (2005, p. 133) e Pereira (2014, p. 12), seria o princípio da função social dos contratos forma de limitar a liberdade contratual e a autonomia privada, objetivando conciliar a persecução dos interesses privados e as necessidades da coletividade, temperando, mas não eliminando, a autonomia privada e a força obrigatória dos contratos, conforme explicam Gagliano e Pamplona Filho (2009, p. 48):

> Com isso, repita-se, não se está pretendendo aniquilar os princípios da autonomia da vontade (ou autonomia privada) ou do *pacta sunt servanda*, mas, apenas, temperá-los, tornando-os mais vocacionados ao bem-estar comum, sem prejuízo do progresso patrimonial pretendido pelos contratantes (...) Para nós, a função social do contrato é, antes de tudo, um princípio jurídico de conteúdo indeterminado, que se compreende na medida em que lhe reconhecemos o precípuo efeito de impor limites à liberdade de contratar, em prol do bem comum.

Ressalta-se que, conforme exposto por Sandri (2011, p. 136) e Correia (2009, p. 30), diante da natureza de cláusula geral do princípio da função social dos contratos, previsto no Art. 421 do CC/02, é o conceito em questão amplo e indefinido, devendo, segundo Gagliano e Pamplona Filho (2009, p. 43), ser preenchido pelo juiz à luz do caso concreto.

Cumpre destacar, ainda, que, segundo Tartuce (2014, pp. 53-54), servem as cláusulas gerais do Código Civil de 2002 exatamente ao propósito de inserir, na codificação civilista, os valores constitucionais, frisando Tepedino (2006, p. 21) que, apesar da grande importância das

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

cláusulas gerais na absorção dos princípios constitucionais pela legislação civil, não se pode conceder só a elas, mas a toda a codificação, uma interpretação conforme a Constituição Federal e o restante do ordenamento jurídico.

Percebe-se, portanto, a evolução histórica que a ideia de função social experimentou, passando, em verdade, de mera justificação da proteção jurídica de certos institutos, sem positivação, quem dirá aplicabilidade, no contexto do Estado Liberal, a norma jurídica que visava a submissão da propriedade – aqui inclusos os contratos – a interesses da coletividade, mas ainda sem aplicabilidade imediata, no contexto do Estado Social, até o panorama pós-positivista atual, em que é reconhecida a efetividade do princípio da função social – seja da propriedade, dos contratos ou da empresa, por exemplo –, sendo dotada de aplicabilidade imediata.

2 A DUPLA EFICÁCIA DA FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS

Havendo-se discorrido brevemente acerca da evolução histórica da ideia de funcionalização social dos direitos patrimoniais, passa-se, agora, a um estudo mais detido acerca da função social dos contratos em específico, principalmente no que se refere à sua eficácia interna e externa e às divergências doutrinárias que rodeiam essa temática.

Costuma a doutrina pátria dividir a função social dos contratos em interna ou intrínseca, que diria respeito à observância, pelos contratantes, dos princípios de igualdade material, equidade e boa-fé objetiva, e externa ou extrínseca, considerando os efeitos do contrato não somente entre os contratantes, mas suas repercussões em toda a sociedade (NALIN, 2001, p. 226).

No que se refere à eficácia interna da função social dos contratos, Farias e Rosenvald (2014, pp. 205) se posicionam no sentido de ser a função social interna dos contratos uma forma de assegurar contratos substancialmente equilibrados, em que são os contratantes os protagonistas que, todavia, devem ter sua dignidade assegurada pela ordem jurídica.

Em sentido semelhante, Gagliano e Pamplona Filho (2009, pp. 46-47), Tartuce (2014, p. 68) e Nalin (2001, p. 226) apontam ser a eficácia interna dos contratos a propulsora de um tratamento idôneo das partes, considerando-se a desigualdade real entre elas existente a fim de que se busque uma equivalência material dos contratantes, atentando-se, para isso, à lealdade negocial e à boa-fé objetiva e afastando-se, portanto, as condutas antissociais do âmbito contratual.

Tem-se, sob essa perspectiva, que a eficácia interna do princípio da função social dos contratos procura alcançar contratos equilibrados, levando-se em conta a frequente desigualdade material dos contratantes, a fim de lhes assegurar um tratamento verdadeiramente igual. Sintetiza esse entendimento Godoy (2004, p. 131), que explica que a função social interna dos contratos pretende "assegurar contratos mais equilibrados e, assim, envolventes de partes substancialmente mais iguais, com o que se garanta uma igual dignidade social aos indivíduos".

Isto é, para se proporcionar aos contratantes a isonomia material de que trata o Art. 5º, caput, da Constituição Federal de 1988[4], deve-se prezar também por contratos equilibrados, que permitam a ambas a fruição de seus benefícios a ambas as partes, corrigindo-se, para isso, eventuais desigualdades substanciais existentes entre os contratantes.

Em sentido diverso, igualando o papel da eficácia interna da função social dos contratos ao da própria boa-fé objetiva, inserindo aquela nos deveres de conduta derivados da boa-fé objetiva, Martins-Costa (2006, p. 89) afirma estar a função social interna dos contratos relacionada às "obrigações fundadas no dever contratual de evitar o dano ou de assegurar a sua reparação ou, ainda, de se responsabilizar por medidas tendentes à prevenção". Coadunando com esta visão, cita-se igualmente Correia (2009, p. 30).

Já no tocante à eficácia externa da função social dos contratos, seria esta, conforme prelecionam Gagliano e Pamplona Filho (2009, p. 47), o reconhecimento de que o contrato produz efeitos que não atingem somente as partes contratantes, mas toda a sociedade, devendo ser tutelado também em função dos interesses e necessidades da coletividade, representando limitação ao princípio da relatividade contratual. Compartilhando esse posicionamento, Pereira (2014, p. 13) e Tepedino (2006, p. 20), este asseverando:

> Extrai-se daí a definição da função social do contrato, entendida como o dever imposto aos contratantes de atender – ao lado dos próprios interesses individuais perseguidos pelo regulamento contratual – a interesses extracontratuais socialmente relevantes, dignos de tutela jurídica, que se relacionam com o contrato ou são por ele atingidos. Tais interesses dizem respeito, dentre outros, aos consumidores, à livre concorrência, ao meio ambiente, às relações de trabalho.

Por outro lado, Negreiros (2002, p. 244) explica que a função social externa dos contratos serviria de proteção aos contratantes em face de terceiros, consistindo na imposição, a estes, do dever de colaborar com aqueles para o sucesso da relação contratual firmada anteriormente. Isto é, haveria igualmente restrição da relatividade dos contratos, mas a fim de se proteger os contratantes.

---

[4] Art. 5º. **Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza**, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, **à igualdade** (...)

Conciliando essas duas posições, Farias e Rosenvald (2014, pp. 207-209) e Martins-Costa (2005, p. 54) explicam que a função social externa dos contratos se apresenta como contraponto ao princípio da relatividade contratual, típico do liberalismo individualista de outrora, admitindo-se que, embora sejam os contratos firmados apenas pelos contratantes, podem eles ser influenciados por terceiros, além de produzir efeitos nestes e na sociedade, pelo que a eficácia externa do princípio da função social dos contratos vem para estabelecer uma via mútua de respeito entre os contratantes e a sociedade, protegendo, assim, os contratantes da atuação de terceiros, assim como os interesses metaindividuais e de terceiros da atuação dos contratantes.

Sendo assim, a eficácia externa da função social dos contratos seria a admissão tanto de que a relação contratual produz efeitos na sociedade quanto, ao inverso, de que a sociedade produz efeitos na relação contratual, sendo estes dois fenômenos dignos de tutela jurídica, perdendo, portanto, o princípio da relatividade dos contratos seu caráter absoluto. Sintetizando essa visão, Tartuce (2014, pp. 72-73) expõe:

> Por outro lado, a eficácia externa da função social dos contratos pode ser extraída das hipóteses em que um contrato gera efeitos perante terceiros (...); bem como das situações em que uma conduta de terceiro repercute no contrato. Também, denota-se essa eficácia externa pela proteção de direitos metaindividuais e difusos.

Destaca-se, contudo, que não há unanimidade quanto à divisão do princípio da função social dos contratos em sua eficácia interna e externa. Como expõe Tartuce (2014, pp. 71-72), há, além daqueles que reconhecem a dupla eficácia do princípio da função social dos contratos, estudiosos que defendem a existência exclusiva da eficácia interna ou da eficácia externa.

Evidenciando as divergências em questão, Farias e Rosenvald (2014, p. 203) apontam que, no que pese existir certo consenso acerca da existência de uma função social externa dos contratos e de sua caracterização como eficácia do contrato perante a comunidade, e não só perante os indivíduos, há grande divergência acerca da existência e caracterização de uma função social interna dos contratos.

Apresentando tão somente o caráter interno do princípio da função social dos contratos em seus ensinamentos, pode-se citar Venosa (2013, pp. 391-392), que explica:

> No contrato de nossa época, a lei prende-se mais à contratação coletiva, visando impedir que as cláusulas contratuais sejam injustas para uma das partes. O Código de 2002 é expresso ao se referir ao sentido da função social do contrato. Assim, o ordenamento procurou dar aos mais fracos uma superioridade jurídica para compensar a inferioridade econômica.

Na visão do autor ora em comento, a função social dos contratos limita-se a seu caráter interno: serve de garantia jurídica compensatória às desigualdades materiais, procurando alcançar isonomia material entre as partes, assim evitando contratos injustos. Carece, entretanto, de eficácia externa: o princípio da relatividade dos contratos permanece intacto,

apresentando-se tão somente as tradicionais e pontuais exceções, como a referente à estipulação em favor de terceiro (VENOSA, 2013, pp. 393-394).

Posicionando-se a favor da existência de uma eficácia tão somente externa do princípio da função social dos contratos, tem-se, por exemplo, Theodoro Jr. (2007, p. 154), que concede que, no que se refere à funcionalização dos contratos, pode ser esta referente tanto ao interesse da sociedade quanto ao interesse dos contratantes. No entanto, continua ele, em se acrescentando o termo "social", que especifica de que tipo de funcionalização trata o princípio da função social dos contratos, tem-se que ele diz respeito exclusivamente ao contrato inserido no meio coletivo, não tendo a função social dos contratos uma eficácia interna, concluindo o autor que "a função social do contrato não representa puramente um princípio de garantia para uma parte dentro da relação interna em face da outra. Pressupõe sempre, ao contrário, uma repercussão dela no mundo externo ou o inverso".

Ou seja, para este doutrinador, a função social dos contratos funciona exatamente como uma mitigação da relatividade contratual, tendo aplicação sempre que os contratos produzem efeitos que afetam além dos contratantes ou quando indivíduos que não os contratantes de alguma forma interferem na relação contratual. Nesse sentido, Tepedino (2012, p. 7), que aponta que é a função social dos contratos uma espécie de "relativização da relatividade contratual".

Igualmente coadunando com essa visão está Pereira (2014, p. 13), que afirma que o legislador, adotando a mais moderna acepção da função dos contratos, o caracterizou como parte de uma realidade maior e como fator de alteração social, alegando, ainda, que a consequência disto é a possibilidade de terceiros influírem no contrato por serem por ele atingidos.

Acolhendo a dupla eficácia da função social dos contratos, estão, por exemplo, Farias e Rosenvald (2014, pp. 203-205), que esclarecem que a eficácia interna da função social dos contratos assegura aos contratantes uma relação contratual substancialmente equilibrada, apontando ainda que afastar a eficácia interna da função social dos contratos restringira a aplicabilidade deste princípio. Já no que se refere à eficácia externa, teria esta a finalidade de pôr fim ao dogma da restrição do crédito às partes, submetendo-o igualmente à sociedade.

Semelhante conclusão é a de Gagliano e Pamplona Filho (2009, p. 46), Nalin (2001, p. 226), Correia (2009, p. 30), Martins-Costa (2005, p. 50) e Tartuce (2014, p. 72), tendo este último sido o autor do Enunciado de nº 360 da IV Jornada de Direito Civil, que reconhece a existência de eficácia interna do princípio da função social dos contratos, e cuja redação foi a

seguinte: “O princípio da função social dos contratos também tem eficácia interna entre as partes contratantes”.

Admitindo, por outro lado, a eficácia externa da função social dos contratos, tem-se o Enunciado nº 21 da I Jornada de Direito Civil, que assim estabelece: “A função social do contrato, prevista no art. 421 do 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”.

Percebe-se, portanto, que é majoritária a corrente doutrinária que atribui à função social dos contratos caráter interno e externo, verificando-se inclusive a existência de enunciados das jornadas de direito civil que reconhecem tanto a eficácia interna quanto a eficácia externa da função social dos contratos. Apesar disso, mesmo entre aqueles que admitem essa dupla eficácia, há divergências quanto aos exatos contornos de cada uma delas.

3 A LIBERDADE CONTRATUAL NA DOUTRINA CIVIL CONSTITUCIONAL

Para que melhor se caracterize a liberdade contratual à luz do paradigma civil constitucional contemporâneo, é interessante, primeiramente, se delinear a evolução histórica do princípio da autonomia da vontade até o princípio da autonomia privada, ressaltando suas particularidades e distinções, eis que, conforme destacado por Wald (1995, p. 162), representa a liberdade contratual, em suas diversas concepções, desdobramento dos princípios em questão.

Foi sob a égide do liberalismo, por volta do Séc. XIX, que se desenvolveu o conceito moderno de autonomia da vontade (MARTINS-COSTA, 2005, p. 43), fundamentando-se este na construção de Kant (2008, pp. 42-43), que argumentou ser o homem livre, pois, conquanto universal a lei moral, ao seu ver, representava ela ao indivíduo tão somente um dever, sendo este livre, pois racional, para descumpri-la e pelo seu descumprimento se responsabilizar, diferentemente das leis da natureza, que se cumpriam a despeito da vontade do homem.

Representava a autonomia da vontade, portanto, o reconhecimento de que o homem, agente moral dotado de racionalidade que é, deveria poder decidir livremente o que é bom e ruim para si mesmo, criando o direito que regeria suas relações privadas, e arcando com as consequências de suas escolhas (AMARAL NETO, 1998, p. 154). Nesse sentido, sintetiza Melo (2011, p. 82) que é a autonomia da vontade: “o poder ou a possibilidade de o indivíduo produzir direito que, no campo contratual, corresponde à chamada liberdade contratual”.

Percebe-se que, sob a perspectiva oitocentista, bastava a previsão legal de que todos poderiam exprimir livremente suas vontades, para que isso fosse dado como fato. O que havia,

então, era o Estado reconhecendo que o homem era livre, sem se propor, entretanto, a efetivar essa liberdade concretamente, haja vista se considerar que a disciplina jurídica devia se limitar à prescrição de regras que regiam a sociedade e à determinação de quem iria aplicá-las, não se preocupando com sua função. (BOBBIO, 2007, p. 53).

Como repercussão na disciplina dos contratos, ensinam Farias e Rosenvald (2014, pp. 138-140) que a liberdade contratual, desenvolvimento da autonomia da vontade nesta seara, era a todos concedida abstratamente, isto é, de forma tão somente formal, importando em verdadeiro absenteísmo estatal, que seria naquela concepção bastante para que restasse assegurada a liberdade das partes.

Ainda segundo os autores em comento, a manifestação dos contratantes, desde que não sujeita aos vícios de consentimento previstos na lei, era bastante para que o contrato tivesse força obrigatória entre as partes, o *pacta sunt servanda*, à época absoluto, sob o fundamento de que o querer delas, voluntária e livremente exteriorizado, deveria submetê-las, sem se cogitar da necessidade de uma causa para a concessão da juridicidade do contrato.

Também expondo do que se tratava a liberdade contratual nesse contexto, Pereira (2014, p. 25) afirma que ela se constituía em faculdade plena, concedida aos indivíduos, de estipular livremente, sem quaisquer intromissões estatais, os termos em que desejavam celebrar as suas avenças.

Em sentido semelhante, Kelsen (2007, pp. 15-16) afirma que o contrato é o instrumento pelo qual as partes, manifestando livremente suas vontades, criam o direito que deve ser aplicado reciprocamente entre elas, sendo a observância deste obrigatória, por força da regra do *pacta sunt servanda*.

Isto é, os contratantes tinham formalmente a liberdade de contratar com quem desejassem, nos termos que desejassem, sendo aquilo que contratassem obrigatório entre si, sendo a única atitude do Estado para garantir isto a sua ausência na relação contratual.

Era adotada pelo legislador uma premissa de plena racionalidade dos contratantes, assim como um conceito meramente formal de isonomia, conforme afirmam Poli e Hazan (2013, pp. 175-176). Sendo assim, não se cogitava de empecilhos outros à livre manifestação de vontade que não os vícios de vontade já disciplinados legalmente, ignorando-se, por exemplo, práticas contratuais que desequilíbrios socioeconômicos que impediriam que algum dos contratantes regulasse seus interesses jurídicos desimpedidamente, em face da dependência em relação à outra parte.

Relaciona-se, portanto, a autonomia da vontade a um Estado absenteísta, cuja isonomia garantida é a formal, e a um direito de caráter estrutural. A liberdade contratual, isto é, a

possibilidade dos indivíduos regerem suas próprias esferas privadas de interesses patrimoniais por meio do contrato, era prevista em abstrato, sem preocupação de concretização.

Trata-se a liberdade contratual, enquanto decorrência da autonomia da vontade, da ideia de liberdade como licença, conforme explicado por Dworkin (2002, pp. 404-405), ou de um direito de liberdade, na terminologia utilizada por Farias e Rosenvald (2014, p. 45), que consiste na concepção de que é a liberdade um direito que consiste na ausência de restrições ao indivíduo para fazer o que tenha vontade. Limita-se o Estado, nessa perspectiva de liberdade, a não intervir, sendo o conceito adotado de isonomia o formal, e não material.

Com a ascensão do Estado Social, no início do século XX, o voluntarismo que pautava as relações privadas do Estado Liberal entrou, gradualmente, em descrédito, aceitando-se cada vez mais a influência estatal nas relações privadas (ROTTA; FERMENTÃO, 2008, p. 207), tornando-se imperioso um redimensionamento da autonomia da vontade e, por conseguinte, da liberdade contratual.

Esse panorama de transição foi o mesmo em que, conforme já destacado em tópico próprio, reconheceu-se o caráter jurídico da função social e se elevou a função promocional do direito ao mesmo patamar da estrutural. Passa-se de um Estado absenteísta para um Estado de caráter provedor, prestador de serviços essenciais que almejam mitigar as desigualdades socioeconômicas. Nesse sentido, afirma Correia (2009, p. 69):

> No Estado liberal prevalece a ideia de que o único dever do Estado é evitar que os indivíduos provoquem danos uns aos outros. O direito se limita a exercer uma função protetora-repressiva. A passagem do Estado liberal para o Estado social assinala a evolução do direito, que passa a exercer uma função promocional, sob a ideia de justiça distributiva que se materializa por meio de uma atuação positiva do Estado.

Esse processo de transfiguração da autonomia da vontade se conclui quando, em circunstâncias já descritas, o positivismo e o constitucionalismo clássico são duramente questionados, surgindo, em contestação a estes, as teorias pós-positivistas e neoconstitucionalistas.

O que sucede é uma grande alteração no primitivo conceito de autonomia da vontade, oriunda diretamente da constitucionalização do direito civil. Se o que havia antes era um reconhecimento em abstrato, meramente formal, de que era o homem livre, o que se passa a ter é um direito concreto, objetivo, que pressupõe um Estado ativo, que se propõe a garantir, na prática, a liberdade de todos, na esteira das inovações da teoria constitucionalista, tomando essa nova concepção a denominação de autonomia privada (AMARAL, 2003, p. 348).

Imperioso destacar que, conforme exposto por Perlingieri (2007, pp. 18-19), a concepção moderna de autonomia privada alcança não só a autonomia negocial, mas também situações subjetivas não-patrimoniais, de natureza pessoal e existencial, havendo

fundamentações distintas para estas duas faces da autonomia privada: de um lado, a livre iniciativa econômica, que fundamenta a autonomia contratual, do outro, a própria tutela da pessoa humana, que motivaria a autonomia existencial. Compartilhando da mesma opinião, e transpondo esse posicionamento à ordem normativa pátria, Farias e Rosenvald (2014, p. 143) afirmam:

> Sim, a autonomia privada transcende o perímetro dos negócios jurídicos patrimoniais, pois, em uma ordem pós-positivista, afirma-se como exercício de liberdade e instrumento de concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. Quer dizer, a autonomia privada não se reduz ao espaço normativo em que o sujeito realiza a atividade econômica (art. 170, CF), sendo também localizada sempre que o ser humano manifesta situações jurídicas da personalidade, concretizando os seus projetos espirituais (art. 1., III, CF). Aqui, afirma-se a "autonomia existencial".

Nessa perspectiva, explica Tartuce (2014, pp. 54-59) que, em face da constitucionalização do direito civil, em que se abre a codificação privada para a influência dos valores constitucionais da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social e da igualdade substancial, a autonomia privada passa a consistir no poder facultado ao indivíduo de regular os próprios interesses e relações, agora não mais previsto abstratamente, por um Estado absenteísta, em um contexto de isonomia formal, mas sim de forma concreta, por um Estado ativo, que garante a isonomia material.

Em se falando dos aspectos patrimoniais da autonomia privada, sobretudo da liberdade contratual, como aplicação contratual daquela, tem-se que constituem elas, portanto, no reconhecimento de que de nada adianta apenas a previsão em abstrato de que todos são livres para regrarem as suas vidas de acordo com as suas vontades se, na vida diária, certos indivíduos não têm essa possibilidade, em face de desigualdades sociais e econômicas, sendo necessária, portanto, a efetiva atuação do Estado a fim de permitir que todos possam, de fato, conduzir suas vidas de forma absolutamente livre. A atuação estatal passa a representar, nesta perspectiva, condição essencial para que seja alcançada a liberdade contratual, e não mais uma violação a ela.

Farias e Rosenvald (2014, p. 143) afirmam ainda que, na perspectiva civil constitucional, a liberdade contratual perde seu caráter absoluto, em que era considerada como um fim em si mesma, experimentando um processo de funcionalização que direciona os interesses patrimoniais à promoção de interesses socialmente úteis.

Observe-se que, na opinião desses autores, seguida por Tartuce (2014, p. 57), uma das grandes alterações no que se refere à substituição do princípio da autonomia da vontade pelo princípio da autonomia privada e na subsequente modificação do teor da liberdade contratual, junto à sua concretização, é a funcionalização dos interesses patrimoniais, correspondente, na seara contratual, à função social do contrato, em suas eficácias interna e externa.

Sintetizando essa visão, Perlingieri (2008, p. 674) aponta: “No ordenamento moderno, o interesse é tutelado se, e enquanto for conforme não apenas ao interesse do titular, mas aquele da coletividade”.

Ainda nesse sentido, cita-se o Enunciado de nº 23 da I Jornada de Direito Civil:

> A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio, quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.

Verifica-se, portanto, que a liberdade contratual, enquanto desdobramento da autonomia privada, não se limita mais a uma liberdade como licença ou a um direito de liberdade, consistindo, na realidade, na denominação de Dworkin (2002, pp. 404-405), em uma liberdade como independência, ou como preferem Farias e Rosenvald (2014, p. 45), em um direito à liberdade, representando esta ideia de liberdade, na concepção destes autores, em uma efetiva e objetiva garantia, ao indivíduo, de independência e não subserviência. Esta percepção pressupõe uma isonomia material e não simplesmente formal, o que, conforme Canotilho (1995, p. 306), demanda um Estado ativo, prestador, e não meramente garantidor da ordem jurídica constitucional.

Sendo assim, o que se constata é que, ao longo da história, evoluiu-se a concepção de liberdade contratual junto à própria modificação do conceito de autonomia, desde àquele clássico de autonomia da vontade, hegemônico no absenteísta Estado Liberal, e que pressupunha, por meio da isonomia formal dos indivíduos, que as partes tinham um direito abstrato de contratarem como e com quem desejassem, representando verdadeiro direito de liberdade, até a moderna concepção de autonomia privada, desenvolvida durante a socialização do Estado, que o supõe ativo e prestador, e que parte de uma ideia de isonomia material, em que os contratantes têm um direito objetivo de regrarem as próprias relações privadas, que deve ser concretamente garantido a ambas as partes, constituindo-se em direito à liberdade.

4 A LIBERDADE CONTRATUAL EM FACE DA EFICÁCIA INTERNA DA FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS

Conforme anteriormente apresentado, a eficácia interna da função social dos contratos é tida como um elemento de concretização da isonomia material dos contratantes, servindo ao propósito de compensar as desigualdades reais entre eles, para permitir que ambas as partes influam no conteúdo do contrato.

Por outro lado, como já delineado, a liberdade contratual representaria, modernamente, a garantia concreta, a todos os indivíduos, por parte de um Estado ativo, prestador, da faculdade de regrarem suas relações privadas patrimoniais, principalmente por meio de contratos, tratando-se de um direito à liberdade contratual, enxergada como independência dos contratantes, e não de mero direito de liberdade contratual, que consistiria na mera abstenção de intervenção estatal.

Ao se perquirir a relação entre a eficácia interna da função social dos contratos e a liberdade contratual, é a ideia de igualdade a noção essencial que as torna interdependentes.

Por um lado, como apontam Gagliano e Pamplona Filho (2009, pp. 46-47), Tartuce (2014, p. 68), Nalin (2001, p. 226), Godoy (2004, p. 131) e Venosa (2013, pp. 391-392), a função social interna dos contratos se constitui em um tratamento igualitário das partes, buscando a compensação de suas desigualdades.

Por outro, representa a moderna concepção de liberdade contratual, na visão de Farias e Rosenvald (2014, p. 45), Tartuce (2014, pp. 54-59) e Amaral (2003, p. 348), o direito concreto que os contratantes têm de poderem efetivamente regerem suas relações patrimoniais de forma livre, sendo pressuposto desta liberdade, portanto, a isonomia substancial dos indivíduos, que deve ser assegurada pelo Estado. Trata-se, como afirmado por Dworkin (2005, p. 306), de uma liberdade que tem como base a igualdade.

Assume a igualdade um aspecto determinante, portanto, em ambas as conceituações: enquanto a eficácia interna da função social dos contratos se preocupa em assegurar a igualdade dos contratantes, a liberdade contratual tem como necessário pressuposto essa igualdade entre os pactuantes.

A igualdade mencionada, vale mais uma vez destacar, é material, e não simplesmente formal. Nesse sentido, Perlingieri (2007, p. 278) aponta que a legislação intervencionista do Estado Social recusa a ideia de igualdade formal e, diante da existência de desigualdades, privilegia a parte mais frágil em relação à outra mais forte, haja vista que a mera previsão em abstrato da autorregulamentação dos sujeitos interessados, sem a atuação estatal, muito provavelmente resultaria em uma situação favorável ao contraente mais forte.

Percebe-se assim, de antemão, a existência de uma relação entre a eficácia interna da função social dos contratos e a liberdade contratual, eis que as duas têm, como elemento determinante, a ideia de igualdade. Resta aferir, contudo, o que representaria essa relação constatada.

A maioria dos doutrinadores afirma que a função social dos contratos, inclusive em sua eficácia interna, impõe limites à liberdade contratual, restringindo o campo de ação da parte

mais forte e vedando, por exemplo, que uma das partes pratique condutas antissociais que visem prejudicar a outra parte, opinião esposada, por exemplo, por Gagliano e Pamplona Filho (2009, p. 48), Farias e Rosenvald (2014, p. 206), Tartuce (2014, p. 70).

Esta análise se calca na ideia de que, promovendo a função social dos contratos, em sua eficácia interna, uma diminuição das possibilidades de atuação de um dos sujeitos dentro do âmbito contratual, o que há é limitação à liberdade contratual.

Entretanto, conforme aponta Correia (2009, pp. 71-73), a função social dos contratos não pode ser observada, conforme aponta boa parte da doutrina, como mera limitação à liberdade contratual. Explica o autor que estando ínsito no conceito de liberdade contratual adotado pelo Estado Social a concepção de igualdade substancial dos contratantes, para que ambos possam efetivamente compatibilizar seus interesses jurídicos, tem aquela caráter convergente à função social dos contratos.

Considera-se mais acertada esta última posição, tendo em vista que a eficácia interna da função social dos contratos, no que pese restringir o campo de atuação das partes, favorecendo o sujeito mais frágil e impedindo que os contratantes pratiquem condutas antissociais, o faz com intuito de garantir uma igualdade substancial aos indivíduos.

Repise-se que a liberdade contratual, em um contexto civil constitucional como o atual, não é mais considerada como a genérica possibilidade de as partes tudo fazerem, sem intervenção estatal (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 143), mas uma garantia, em concreto, assegurada pelo Estado, de que todos os indivíduos, independentemente de suas condições financeiras ou sociais, por exemplo, podem compatibilizar seus interesses patrimoniais por meio de contratos (SANDRI, 2011, p. 123).

Ao se favorecer o contratante mais frágil economicamente, equilibra-se a relação jurídica e caminha-se para uma maior igualdade substancial entre os sujeitos. No mesmo sentido, ao se vedar condutas antissociais, impede-se que uma das partes torne o contrato excessivamente penoso à outra, desequilibrando-o.

Sendo assim, quando, em observância do princípio da função social dos contratos, em sua eficácia interna, restringe-se a atuação da parte mais forte, em favorecimento da mais frágil, ou se veda condutas que visem tão somente prejudicar o outro contraente, isto é, quando se favorece a igualdade substancial dos sujeitos, permitindo que todos exerçam influência no conteúdo do contrato, não se pratica limitação da liberdade contratual, mas, muito pelo contrário, materializa-a, pois se permite que todos os contratantes concretamente exerçam seu direito à liberdade.

Ou seja, considerando uma acepção de liberdade que tem como fundamentação, e não como oposição, a igualdade (DWORKIN, 2005, p. 306), e que é exatamente a adotada no moderno conceito de liberdade contratual (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 45), o que se percebe é que a eficácia interna da função social dos contratos tem a tarefa de, ao assegurar a isonomia material dos indivíduos no âmbito do contrato, consubstanciar a liberdade contratual, que se configura na possibilidade dos contratantes, a despeito das desigualdades entre eles existentes, interferirem no conteúdo do contrato.

Não se pretende afirmar, todavia, que a liberdade contratual não conhece limites, inclusive impostos pela função social dos contratos. Essas restrições, contudo, não se dão no âmbito interno do contrato, mas sim no que se refere à eficácia externa da função dos contratos, submetendo a liberdade dos contratantes aos interesses do restante da coletividade (PERLINGIERI, 2007, pp. 106-107).

É a relação do princípio da função social dos contratos, considerado em sua eficácia interna, e a liberdade contratual, portanto, a de convergência, representando aquele um instrumento para a materialização desta, haja vista que a função social interna dos contratos intenta promover a igualdade material dos contratantes, e, sem essa igualdade, não pode haver liberdade contratual, em sua conceituação contemporânea.

CONCLUSÕES

Modernamente, em face dos influxos constitucionais no direito privado, que vêm para redimensionar, à luz da constituição, institutos clássicos, faz-se necessário, mais do que nunca, explorar o significado destes e verificar como eles se inter-relacionam.

A ideia de funcionalização dos direitos patrimoniais experimentou, ao longo da história, sucessivas redefinições até que se alcançasse, contemporaneamente, uma caracterização de função social dos contratos como norma jurídica independente.

Paralelamente, o princípio da autonomia da vontade, e a liberdade contratual, seu desdobramento, sofreram, desde sua primitiva previsão no âmbito do Estado Liberal, profundas mudanças de conteúdo, em face da própria mutação do Estado.

Foi diante disto que pretendeu este trabalho analisar como se associam, no moderno paradigma civil constitucional, a eficácia interna do princípio da função social dos contratos e a liberdade contratual.

Constatou-se que tanto a eficácia interna da função social dos contratos quanto a liberdade contratual, atualmente, têm íntima ligação à ideia de isonomia substancial patrocinada

pela ordem constitucional vigente, eis que a funcionalização social interna dos contratos consiste na garantia concreta de equivalência entre os contratantes, sendo portanto instrumento de realização da igualdade material, enquanto a liberdade contratual, contemporaneamente, trata-se não mais de direito de liberdade ou liberdade como licença, mas sim de direito à liberdade ou liberdade como independência, fundando-se em faculdade a todos concedida de regular suas relações privadas patrimoniais, de forma não mais abstrata e formal, mas concreta e objetiva, na prática, independentemente das desigualdades reais existentes, sendo necessário para que seja alcançada a garantia da igualdade material.

Equivoca-se a doutrina majoritária, portanto, ao apontar que a função social dos contratos representa tão somente limitação à liberdade contratual, quando, em verdade, considerando-se a moderna acepção desta liberdade, que tem como base a isonomia substancial, representa a eficácia interna da função social dos contratos forma de concretização da liberdade contratual.

Os limites que o princípio da função social do contrato representa à liberdade contratual não são nunca internos, mas apenas externos, em função da tutela externa do crédito reconhecida na função social externa dos contatos, tendo em vista que, no que se refere aos contornos intrínsecos deste princípio, o que há não é limitação, mas materialização à liberdade contratual, em sua mais moderna concepção.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (Org.). **Jornadas de direito civil I, III, IV e V**: enunciados aprovados. Brasília: Conselho da Justiça Federal; Centro de Estudos Judiciários, 2012.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. **Revista de Direito Civil**, São Paulo, ano 12, n. 46, p. 07 – 26, out./dez., 1998, p. 154.

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

AUAD, Denise. Os direitos sociais na constituição de Weimar como paradigma do modelo de proteção social da atuação Constituição Federal brasileira. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 103, p. 337 – 355, jan./dez., 2008.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Natureza jurídica do contrato de consórcio. **Revista dos tribunais**, v. 832, p. 115 – 137, fev., 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 9, p. 01 – 41, mar./maio, 2007.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani; revisão técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri: Manole, 2007. Título original: *Dalla struttura ala funzione*.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. **Panóptica**, ano 1, n. 6, p. 1 – 44, fev., 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995, p. 306.

CORREIA, Edmar. **A função social do contrato**. Rio de Janeiro, 2009. 115 p. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Mestrado em Direito Civil, para obtenção do título de mestre em Direito Civil.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **A função social da propriedade e a tutela processual da posse**. Disponível em: < http://www.mpma.mp.br/arquivos/CAOPDH/a-funcao-social-e-a-tutela-da-posse-fredie-didier.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2015.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Título original: *Taking rights seriously*.

_____. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Título original: *A matter of principle*.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2014, v. 4.

GAGLIANO, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 4, tomo 1.

GODOY, Cláudio. **A função social do contrato**. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. Tradução de Rodolfo Schaefer. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2008. Título original: *Kritik der Praktischen Vernunft*.

KELSEN, Hans. **El contrato y el tratado analizados desde el punto de vista de la teoria pura del derecho**. Tradução de Eduardo García Máynez. Cidade do México: Ediciones Coyoacán, 2007.

MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil**: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v 5, tomo 1.

_____. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 41 – 66, maio, 2005.

MELO, Diogo Leonardo Machado de. Princípios do direito contratual: autonomia privada, relatividade, força obrigatória, consensualismo. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). **Teoria geral dos contratos**. São Paulo: Atlas, 2011.

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

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, v. 3.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. (org.) Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. Título original: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema ítalo-comunitario dele fonti*.

_____. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. Título original: *Profili del diritto civile*.

PIMENTA, Paulo. **Eficácia e Aplicabilidade das normas constitucionais programáticas**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

POLI, Luciana; HAZAN, Bruno. A função social dos contratos como instrumento para a sustentabilidade. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 15, n. 1, p. 171 – 193, jan./abr., 2013.

POLIDO, Fabrício. Ensaio: A Constituição de Weimar de 1919 e o Conteúdo Normativo da "Função Social" dos Direitos Proprietários. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 27, p. 3 – 47, 2006.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O princípio constitucional da igualdade**. Belo Horizonte: Lê, 1990.

ROTTA, Mariza; FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. O pacta sunt servanda – cláusula rebus sic stantibus e o equilíbrio das relações contratuais na atualidade. **Revista Jurídica Cesumar**, Maringá, v. 8, n. 1, p. 194 – 218, jan./jul., 2008.

SANDRI, Jussara. Função social do contrato. Conceito. Natureza jurídica e fundamentos. **Revista de Direito Público**, Londrina, v. 6, n. 2, p. 120 – 141, ago./set., 2011.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, v. 3.

TEPEDINO, Gustavo. **Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002**. In _____ **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Notas sobre a função social dos contratos**. Disponível em: <http://www.tepedino.adv.br/wp/wp-content/uploads/2012/09/biblioteca12.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013, v. 2.

WALD, Arnoldo. **Obrigações e contratos**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.