

A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO NO NOVO CÓDIGO CIVIL*

Glauber Moreno Talavera

RESUMO

Ao afirmar que a função social é fenômeno massivo que, atualmente, inspira todo o nosso ordenamento jurídico, cita como exemplo a função social da propriedade contida na Constituição de 1988, o que decorre dos chamados “Direitos de terceira geração”, cujas características são as solidariedade e fraternidade sociais.

Declara, sob a inspiração dessa terceira geração de Direitos, no Direito de Família, a correta invocação do interesse superior do menor, a extinção do preconceito e da discriminação no que concerne às relações concubinárias e o reconhecimento constitucional do concubinato, o que exterioriza a função social da família.

Anuncia a valorização da função social verificada nas relações contratuais preconizadas pelo art. 421 do novo Código Civil – o qual reza que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, afastando, dessa forma, o individualismo jurídico de Clóvis Beviláqua –, bem como outras características sociais trazidas pelo novo Código.

Conclui que a função social dos contratos trazida pelo novo Código Civil objetiva implementar fraternidade e solidariedade sociais mais ostensivas, assim como inserir nossa sociedade nos Direitos de terceira geração.

PALAVRAS-CHAVE

Função social; contrato; novo Código Civil; Direitos de terceira geração; solidariedade; fraternidade; Direito de Família.

* Artigo recebido em 31/7/2002.

Anatole François, escritor francês laureado com o Prêmio Nobel em 1921, em sua *Crainquebille*, publicada ainda no séc. XIX, tempo em que a justiça era eminentemente retributiva, asseverava: *O dever do justo é garantir a cada um o que lhe cabe, ao rico a sua riqueza e ao pobre a sua pobreza*¹. Essa visão doutrora, sobretudo com o advento da busca de uma terceira via que relativize os lindes estreitos do capitalismo sem necessariamente sedimentar o socialismo propriamente dito, fora relativizada em prol do que se convencionou chamar de “função social”.

A função social, que significa a prevalência do interesse público sobre o privado, bem como a magnitude do proveito coletivo em detrimento do meramente individual, é fenômeno massivo que, modernamente, inspira todo o nosso ordenamento jurídico, rompendo com o padrão retributivo contido no brocardo *suum cuique tribuere* – “dar a cada um o seu”, e tentando fundar as bases de uma justiça de natureza mais distributiva; nos termos concebidos por Hegel, promove a inclusão social dos excluídos e, nesse mister, diligência para o cumprimento de um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

A Constituição Federal de 1988, que disseminou em nossa vida uma categoria de direitos extrapatrimoniais, trouxe expressamente relativizações que, de há muito, haviam sido, embora timidamente e sem a contundência constitucional, tratadas, se não pela legislação ordinária, pela jurisprudência.

A função social da propriedade contida na Constituição, por exemplo, rompeu com as amarras do romanismo clássico, cuja parêmia afirmava o direito de propriedade como (...) *usque at inferos et usque at coellum*, ou seja, “(...) das profundezas do inferno até o céu”. Em outras palavras, a impossibilidade de limitação do direito individual do proprietário, a partir da função social, fora cerceada em razão dos direitos difusos e coletivos, que se exteriorizam nas limitações advindas do Direito de Vizinhança, do Direito Urbanístico e, ainda, do Direito Ambiental, expressão dos chamados “Direitos de terceira geração”, cujas características são as solidariedade e fraternidade sociais.

Sob a inspiração dessa terceira geração de Direitos, a função soci-

al também incidiu sobre a família, suprimindo de seus institutos a *aurea mediocritas* daqueles que sabem o preço de cada coisa, mas desconhecem o valor de coisa alguma. Modernamente, o interesse superior do menor é correntemente invocado, criticando-se sobremaneira a hipocrisia das leis do século anterior que, no afã de proteger a família, outrora nominada como “legítima”, sufocavam a verdade biológica da filiação e desestabilizavam as relações sociais, visão que, arquitetada na experiência da cátedra, é compartilhada com os festejados Professores Carlos Bentivegna e Rodolfo Machado Neto.

Nesse mesmo sentido, a solidariedade e a fraternidade, potencializadas pela função social, extirparam do âmbito da família o preconceito e a discriminação de que padeciam as relações concubinárias, procurando enfocar a noção de casal que está, gradativamente, sobrepondo-se à de cônjuges, que é insuficiente para abarcar todas as entidades familiares. Virgílio de Sá Pereira, em sua obra *Direito de Família*, desde há muito atento para o perfil abrangente das relações familiares, que não podiam restar encalacradas no âmbito restrito do casamento, afirmava: (...) *a família é um fato natural, o casamento é uma convenção social. A convenção é estreita para o fato, e este então se produz fora da convenção. O homem quer obedecer ao legislador, mas não pode desobedecer a natureza, e por toda a parte ele constitui a família, dentro da lei, se é possível, fora da lei, se é necessário*².

Assim, expandindo esses parâmetros, as odiosas indenizações que ocorriam quando da ruptura das relações concubinárias, fundadas no *pretium carnis*, ou seja, indenizações pelos serviços sexuais prestados pelas concubinas a seus parceiros, foram suprimidas, e a dignidade desses relacionamentos foi restabelecida, independentemente da formalidade do seu nascedouro: no sacramento matrimonial ou na conveniência do ato informal da união.

A função social da família foi, portanto, exteriorizada por meio do reconhecimento constitucional do concubinato, ora nominado como “união estável” e, também, por meio da supressão da terminologia “legítimos” e “ilegítimos” para designar os filhos nascidos ou não de famílias matrimoniais, resgatando, dessa forma, a dignidade da pessoa humana, que consta na tábua axiológica da Constituição Federal como fundamen-

Assim, expandindo esses parâmetros, as odiosas indenizações que ocorriam quando da ruptura das relações concubinárias, fundadas no *pretium carnis*, ou seja, indenizações pelos serviços sexuais prestados pelas concubinas a seus parceiros, foram suprimidas, e a dignidade desses relacionamentos foi restabelecida, independentemente da formalidade do seu nascedouro (...)

to que deve permear todo o nosso ordenamento.

Os próximos passos nessas veredas percorridas pela função social da família haverão de ser o reconhecimento da entidade familiar homossexual, bem como a possibilidade de adoção por casais homossexuais, realidades sociais que pugnam pelo acesso à legalidade como forma de dignificar, sob as luzes da lei, os que jamais foram menos dignos devido à sua orientação sexual minoritária.

Dessa maneira, é de verificar-se que a função social incide sobre toda a fenomenologia jurídica, encontrando morada, também, nas relações contratuais. O novo Código Civil, atento a essa miríade trazida pelos direitos de terceira geração, previu, em seu art. 421, que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, afastando, dessa forma, o individualismo jurídico arquitetado por Clóvis Beviláqua, que, nesse sentido, fora inspirado pelo Código Civil francês e, naturalmente, pelos ideais revolucionários que influenciaram sobejantemente a gênese dessa lei.

A função social do contrato exprime a necessária harmonização dos interesses privativos dos contraentes com os interesses de toda a coletividade; em outras palavras, a compatibilização do princípio da liberdade com o da igualdade, vez que, para o liberal, o principal é a expansão da personalidade individual e, para o igualitário, é o desenvolvimento da comunidade em seu conjunto, mesmo que ao custo de diminuir a esfera de liberdade dos singulares. A única forma de igualdade que é compatível com a liberdade tal como compreendida pela doutrina liberal é a igualdade na liberdade, que tem como corolário a idéia de que cada um deve gozar de tanta liberdade quanto compatível com a liberdade dos outros ou, como apregoava, antevendo essa dificuldade de compatibilização, o aristocrata francês Charles-Louis de Secondat, conhecido como Barão de La Brède e de Montesquieu, em seu clássico *Do Espírito das Leis: A liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem*³.

A instituição da função social dos contratos, portanto, findou a celeuma, muito mais terminológica do que propriamente doutrinária, acerca das dessemelhanças entre liberdade contratual e liberdade de contratar, vez que a liberdade contratual, que equivale à função social do contrato, é limitada objetivamente pela ordem pública e pela maior valia dos direitos e interesses coletivos sobre os eminentemente individuais, e a liberdade de contratar é a prerrogativa subjetiva, que cada contratante possui, de arbitrar sobre a viabilidade ou não de formalizar determinada contratação.

Entretanto, outras características, também substanciais, enaltecem o perfil da função social preconizada pelo novo Código. Os princípios da probidade e da boa-fé, por exemplo, integram o mosaico de características subjetivas que visam desmistificar as proposições dos contraentes, superdimensionando objetivamente as suas responsabilidades que, em prol de uma efetiva função social, não mais estão restritas ao aperfeiçoamento do contrato, mas estão presentes desde as tratativas até a garantia e assistência *post factum finitum* do que fora contratado.

Destarte, há, ainda, elementos que, embora correlatos à função social dos contratos e outrora já existentes, não estavam previstos expressamente pela legislação, o que restrin-

gia demasiadamente a sua instrumentalização. Entre esses elementos, que se podem dizer tanto correlatos como reflexos da função social dos contratos, destaca-se o princípio da interpretação *contra proferentem*, que ora está positivado na disposição normativa contida no art. 423 do nosso novo Código Civil, que, palmilhando as veredas do melhor Direito, consignou expressamente a interpretação das cláusulas ambíguas ou contraditórias contra o conceptor do contrato de adesão e, que, na disposição seguinte dessa novel legislação, sepultou, sob o efeito da nulidade absoluta, todas as cláusulas que, integrantes de contratos de adesão, estipulem renúncia antecipada de direitos por parte do aderente.

Desses poucos traços depreende-se que a função social dos contratos, trazida expressamente pelo novo Código Civil Brasileiro, tem finalidade precípua de, mediante a humanização das relações econômicas e sociais, envidar esforços para a implementação de uma fraternidade e solidariedade sociais mais ostensivas e, dessa forma, abrir ensanchas para a inserção, não meramente formal, mas real, da nossa sociedade na geração de Direitos nominados como de "terceira geração".

Assim, não obstante a conservação no Diploma Civil da inteligência do excelso Clóvis, que foi um artista superior e, ainda, o implemento, conforme acima elucidado, de modificações pontuais, alguns muitos seguem a agulha, de maneira descomedida e com certa atecnia, o novo Código Civil, o que nos traz à lembrança a *Correspondência*, de Flaubert, o qual, entrevendo as mazelas da vaidade no espírito humano, enfatizou: *Faz-se crítica quando não se pode fazer arte, como quem se torna delator quando não pode ser soldado (...)*⁴.

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1 THIMBAUT, Jacques Anatole François. *Crainquebille, Putois, Riquet et plusieurs autres recits profitables*. Nova Iorque: Paperback, 2002. p. 92.
- 2 PEREIRA, Virgílio de Sá. *Direito de Família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. p. 95.
- 3 MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Baron de. *Do espírito das Leis*. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 327.
- 4 FLAUBERT, Gustave. *Cartas Exemplares*. Rio de Janeiro: Imago, 1993. p. 79.

ABSTRACT

By asserting that the social function is a massive phenomenon that, nowadays, inspires all our legal system, the author quotes as an example the social function of the property contained in the Brazilian Constitution dated 1988, which originates from the so-called "third generation Laws", whose characteristics are the social solidarity and fraternity.

He declares, under the inspiration of this third generation Laws, in the Family Law, the correct invocation of the superior interest of the minor, the extinction of the prejudice and of the discrimination concerning the concubine relations and the constitutional recognition of the concubinage, which shows the family's social function.

He announces the value of the social function verified in the contractual relationships preconized by the article 421 of the new Civil Code – which says that the liberty to contract will be performed taking into account the limits of the social function of the contract, removing, in this way, Clóvis Beviláqua's juridical individualism –, as well as other social characteristics that have been brought by the new Code.

He concludes that the social function of the contracts that has been brought by the new Civil Code aims to implement more ostensible social fraternity and solidarity, as well as to insert our society into the third generation Laws.

KEYWORDS – Social function; contract; new Civil Code; third generation Laws; solidarity; fraternity; Family Law.

Glauber Moreno Talavera é Professor do Curso de Direito da FMU.