

Glauber Moreno Talavera, Especialista em Direito Imobiliário pela Universidade de Sourbonne - Paris, Especialista em Direito das Relações de Consumo e Mestre em Direito Civil pela PUC-SP, é Professor do Curso de Direito da FMU.

A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO NO NOVO CÓDIGO CIVIL

por Glauber Moreno Talavera

Anatole France, 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". 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 "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", etentando fundar as bases de uma justiça de natureza mais distributiva, nos termos concebidos por Hegel, promovendo a inclusão social dos excluídos e, nesse mister, diligenciando para cumprimento de um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, que é erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

A Constituição Federal de 1988, que disseminou em nossa vivenda uma categoria de direitos extrapatrimoniais, trouxe expressamente

relativizações que, de há muito, haviam sido, embora timidamente e sem a contundência constitucional, tratadas, senão 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, à partir da função social, fora cerceada em razão dos direitos difusos e coletivos, que se exteriorizam nas limitações advindas dos direitos de vizinhança, do direito urbanístico e, ainda, do direito ambiental, expressão dos chamados "direitos de terceira geração", cujas características são a solidariedade e fraternidade sociais.

Sob a inspiração dessa terceira geração de direitos, a função social 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 enclacradas 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".

Assim, expandindo esses parâmetros é que 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 fora 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 fundamento 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 às luzes da lei, os que jamais foram menos dignos devido a sua orientação sexual minoritária.

Desta feita, 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 esta 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 Bevilacqua que, nesse sentido, fora inspirado pelo Código Civil francês e, naturalmente, pelos ideais revolucionários que influenciaram sobejamente 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 fim principal é a expansão da personalidade individual e, para o igualitário, o fim principal 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 "O espírito das leis": "A liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem".

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 a 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.

Entrementes, 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 a função social dos contratos e outrora já existentes, não estavam previstos expressamente pela legislação, o que restringia demasiadamente a sua instrumentalização. Entre esses elementos, que podem se 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 sepulcrou, 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 parcos traços depreende-se que a função social dos contratos, trazida expressamente pelo novo Código Civil Brasileiro, tem finalidade precípua de, mediante 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 agulhar, de maneira descomedida e com certa atecnia, o novo Código Civil, o que nos traz à lembrança a "Correspondência", de

Flaubert, que 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"...