

POR UM SISTEMA JURÍDICO QUE FUNCIONE: DISCUTINDO A FUNCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

Marcos Ehrhardt Jr¹

Luiz Roberto Barros Farias²

Sumário: 1. Uma antiga (des)conhecida; 2. A função social como multiplicidade de funções; 3. Função como método: a Metodologia do Direito Civil Constitucional; 4. Função como razão do negócio jurídico: a controvérsia sobre a causa; 5. Função como liberdade(s): a tese de Carlos Eduardo Pianovski; 6. O Direito Civil precisa funcionar; Referências bibliográficas.

Resumo: O artigo propõe-se a demonstrar que a abordagem funcional pode adquirir várias feições jurídicas diversas, a depender do caso concreto e do uso pretendido pelo intérprete. Para tanto, afirma-se que a função social não pode ser entendida como um instituto dotado de um único sentido, em oposição a outras finalidades inerentes ao sistema jurídico, pois um conceito mais abarcante pode potencializar beneficentemente sua aplicação. Em seguida, são expostos alguns exemplos de como o elemento funcional pode assumir diferentes aspectos no mundo jurídico: função como método; função como elemento do negócio jurídico; e função como liberdade. Por fim, na parte conclusiva, são feitas algumas considerações críticas sobre os assuntos abordados.

Palavras-Chave: Direito Civil - funcionalização – função social

¹ Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor de Direito Civil da UFAL.

² Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas - UFAL. Procurador do Município de Arapiraca/AL. Sócio do escritório Campos, Guimarães e Farias Advocacia & Consultoria.

- liberdade

FOR A LEGAL SYSTEM THAT FUNCTIONS: DISCUSSING THE FUNCTIONALIZATION OF CIVIL LAW

Abstract: The article proposes to demonstrate that the functional approach can take many different legal features, depending on the specific situation and the intended use by the interpreter. To this end, we affirm that the social function cannot be regarded in one direction, as opposed to other uses inherent to the legal system, for a more overarching concept can positively enhance your application. Then, we show some examples of how the functional element can assume different aspects in the legal context: function as a method; function as the legal transaction element; and function as freedom. Finally, in conclusion, it is made some critical observations on the discussed subjects.

Keywords: Civil Law – functionalization – social function - freedom

1. UMA ANTIGA (DES)CONHECIDA



á se escreveu e ainda se escreve bastante sobre a funcionalização dos institutos do Direito Civil, principalmente sob o enfoque da função social dos contratos (Art. 421, CC)³ e da propriedade (art. 5º, XXIII, CF)⁴. No entanto, constata-se que a doutrina brasileira muitas vezes apresenta conflitos e discordâncias

³ Nesse sentido: BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Função Social dos Contratos: interpretação à luz do Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2009. RENTERÍA, Pablo. Considerações acerca do atual debate sobre o Princípio da Função Social do Contrato. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina (Coord). *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 281-313. TARTUCE, Flávio. *Função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil 2002*. São Paulo: Método, 2007.

⁴ Nesse sentido: BARBOSA, Pedro Marcos Nunes; LONGHI, João Victor Rozatti.

na abordagem do tema, prejudicando a consolidação de uma dogmática adequada à resolução dos problemas para os quais a análise funcional do direito se propõe.

Apesar de tal discussão existir desde a Constituição de 1988, e ter ganhado força pela introdução do art. 421 do Código Civil de 2002 – que trata da função social dos contratos⁵ – cumpre inicialmente esclarecer que a funcionalização das normas jurídicas não se limita ao Direito Civil, sendo um problema enfrentado há muito pela Teoria Geral do Direito e pela Filosofia do Direito.

Nesse sentido, Norberto Bobbio⁶ reuniu em obra específica diversos trabalhos de sua autoria, nos quais expõe suas ideias sobre a funcionalização do direito, sob influência da sociologia, bem como alerta que a mera análise da estrutura da norma pela Ciência do Direito, desprendida de seus fins e efeitos no mundo real, não seria suficiente para explicar e aperfeiçoar o mundo jurídico. Na lição do italiano, “aqueles que se dedicaram à teoria geral do direito se preocuparam muito mais em saber ‘como o direito é feito’ [análise estrutural] do que ‘pra que o direito serve’ [análise funcional]”⁷. O autor faz questão ainda de ressaltar, ao longo de toda a citada obra, que os aspectos estruturais e funcionais não são antagônicos, mas complementares, já

Direitos de Propriedade: da estrutura codificada à função constitucional. In: CASTRO Flavia Almeida Viveiros de, (Org.). *Temas Atuais em Direito Imobiliário*. Rio de Janeiro: Editora PUC-Rio, 2013. p. 199-220. TEPEDINO, Gustavo. Esboço de uma classificação funcional dos atos jurídicos. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 01, p. 08-38, jul./set. 2014

⁵ “Muito se tem dito sobre a função social do contrato. Ela vem a reboque da tendência da funcionalização inerente a toda situação jurídica subjetiva. É natural, como em qualquer campo da ciência ou da experiência, que a curiosidade do ser humano o instigue a desbravar o novo, o inusitado.” ROSENVALD, Nelson. A função social do contrato. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TATURCE, Flávio (coord.). *Direito contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007. p. 81.

⁶ BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do Direito*. Barueri: Manole, 2007.

⁷ BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do Direito*. Barueri: Manole, 2007. p. 53.

que apenas traduzem uma forma diversa de enxergar a norma jurídica, e possuem soluções para questões diferentes.

Ainda que o foco na questão estrutural tenha prevalecido ao longo do século passado, principalmente por influência da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, mesmo no ramo do Direito Civil é possível afirmar que o interesse pelos fins ou funções do direito já estava presente em várias obras doutrinárias do período. A doutrina alemã, por exemplo, no início do século XX já demonstrava os questionamentos existentes entre as visões estrutural e funcional do direito⁸, ao expor a tensão entre, de um lado, uma análise meramente positivista da norma, e, do outro, uma abordagem preocupada com concretização dos seus fins, notadamente a justiça, independentemente das regras postas. Nesse passo, entendia-se que seria papel da ética e da filosofia do direito desenvolver a ideia da finalidade ou objetivo do direito em determinado local e época, em razão de suas condicionantes culturais, econômicas, científicas e morais.

A doutrina brasileira também abordou o tema da funcionalização no começo do último século, como se extrai das lições do ex-ministro do STF Eduardo Espinola⁹, no sentido de ser o direito uma “função específica da sociedade humana”, que oferece “os melhores meios de atingir os fins sociais”. Aqui se verifica uma visão instrumental da função, na constatação de que o direito seria um meio (função) à disposição da sociedade para aperfeiçoar a convivência social.

Especificamente no âmbito dos negócios jurídicos, a mesma temática funcional também foi identificada por civilistas europeus da década de 70 e 80, ao tratarem da necessidade de se impor balizas à autonomia da vontade. Nesse sentido, o portu-

⁸ ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. *Tratado de Derecho Civil: Tomo I, Vol. 1 - Parte General*. 2 ed. Barcelona: Bosch, 1953. p. 126-130.

⁹ ESPINOLA, Eduardo. *Sistema do Direito Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977. p. 38-39.

guês Carlos Alberto da Mota Pinto afirma que a liberdade contratual não pode ser exercida de maneira livre e absoluta¹⁰, sendo limitada pela cláusula geral da ordem pública, principalmente em contratos de adesão¹¹. De forma semelhante, o francês Jacques Ghestin fala da modalidade diretiva das ordens pública, econômica e social, como modo de influenciar o conteúdo dos negócios jurídicos, no intuito de promover a justiça contratual e a maior igualdade entre as partes¹².

Desse modo, percebe-se que a preocupação com o assunto é algo recorrente na história da doutrina jurídica, ainda que de forma esparsa e assistemática – ora tratando a função como fim, ora como instrumento – o que dificulta a fixação de um conceito minimamente consensual do que seja função ou funcionalização do direito.

Retornando às lições de Bobbio¹³, ele explica que o desenvolvimento de uma satisfatória teoria funcionalista do direito encontra problemas justamente por conta da diversidade de definições que se atribuem aos conceitos de direito e de função, termos largamente polissêmicos e controversos. Nessa linha, muitas teorias que atribuem funções diferentes ao direito não seriam propriamente contraditórias, mas apenas partiriam de bases teóricas diversas. Por isso, pode-se falar que o direito tem função

¹⁰“Num ordenamento que admita, sem limitações, a liberdade contratual, não há uma justiça ou rectidão contratual, imanente (em si mesma), assente em critérios objetivos – não há um ‘justum pretium’. Essa perspectiva está hoje ultrapassada: importa criar e garantir os pressupostos de formação dos contratos, num quadro de real e efectiva autodeterminação recíproca. Impõe-se corrigir ou impedir os desenvolvimentos absolutos da liberdade contratual, assegurando uma situação de real liberdade e igualdade dos contratantes, bem como exigências da justiça social. Assim o reclama uma consideração conjunta e permanente da personalidade do homem e da sua socialidade”. PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3 ed. atual. Coimbra: Coimbra Editora, 1985. p. 98

¹¹ PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3 ed. atual. Coimbra: Coimbra Editora, 1985. p. 100-104.

¹² GHESTIN, Jacques. *Traité de Droit Civil, Tomo II – Les obligations, Le contrat*. Paris: LGDJ, 1980. p. 86-93.

¹³ BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do Direito*. Barueri: Manole, 2007. p. 101-113.

de garantir a segurança e a paz, redistribuir recursos e de promover a justiça social, sem que esses fins sejam excludentes. Em verdade, essas funções se complementariam e muitas vezes seriam instrumentos para atingir umas às outras.

Dessa forma, a utilização descuidada de termos genéricos para designar a função ou as funções do direito civil – tais como garantir a justiça, a igualdade, a solidariedade, por exemplo – acaba por criar fórmulas vazias¹⁴, sem um mínimo de conteúdo específico. Essa postura, ao invés de possibilitar soluções para o caso concreto, apenas permite manipulação e distorção de normas como as que prescrevem a função social dos contratos e da propriedade. Assim, percebe-se que a funcionalização dos institutos de direito civil nem sempre é feita de forma adequada, uma vez que grande parte da doutrina equivocadamente procura um conceito único e exclusivo de função.

Apresentado esse problema, o artigo propõe-se a demonstrar que a abordagem funcional pode adquirir várias feições jurídicas diversas, a depender do caso concreto e do uso pretendido pelo intérprete. Para tanto, inicia-se o desenvolvimento demonstrando que a função social não pode ser entendida como um instituto dotado de um único sentido, em oposição a outras finalidades inerentes ao sistema jurídico, pois um conceito mais abarcante pode potencializar positivamente sua aplicação.

Em seguida, traremos alguns exemplos de como o elemento funcional pode assumir diferentes aspectos no mundo jurídico: função como método, fazendo-se a necessária correlação com a Metodologia do Direito Civil Constitucional; função como elemento do negócio jurídico, com base no conceito de causa; e função como liberdade, momento em que trataremos da tese de Carlos Eduardo Pianovski. Por fim, na parte conclusiva,

¹⁴ HABA, Enrique P. Metodología realista-crítica y ética del razonamiento judicial: (realismo jurídico como alternativa práctica al discurso normativista de los jueces). *Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, Universidad Alicante, n. 25, p. 503-531, 2002.

faremos algumas considerações críticas sobre os assuntos abordados.

2. A FUNÇÃO SOCIAL COMO MULTIPLICIDADE DE FUNÇÕES

Não há dúvidas de que, atualmente, praticamente todas as áreas do Direito Civil são interpretadas e aplicadas sob o prisma da função social. No caso dos contratos e da propriedade há referências expressas na legislação constitucional e legal sobre a matéria¹⁵. Além disso, mesmo sem expressa previsão legal, a doutrina já reconhece a necessidade de estudar a função de outros segmentos, o que corrobora as ideias expostas no tópico introdutório, de que a funcionalização do direito não se condiciona à positivação.

Nesse sentido, Marcos Ehrhardt Jr. fala nas diversas funções da responsabilidade civil, tais como compensatória, preventiva, punitiva e pedagógica¹⁶. Já Rosa Maria Nery, de forma propositiva, incita a reflexão sobre a função social da família e das sucessões¹⁷. Tendo em vista que os mais variados institutos civilistas são hoje guiados pela função social, revela-se patente a necessidade de traçar contornos seguros sobre a matéria.

Por causa da relevância que a funcionalização ganhou no Direito Civil brasileiro, Flávio Tartuce, ao tratar do negócio jurídico, afirma que “o grande desafio da atual geração de civilistas é preencher o conteúdo do que seja essa função social dos pactos”¹⁸. Tal desafio se torna ainda maior quando se percebe a

¹⁵ Sobre a função social da propriedade ver: arts. 5º, XXIII, 170, III, 182, §2º, e 184 da CF; sobre a função social dos contratos ver o art. 421 do CC/2002.

¹⁶ EHRHARDT JR, Marcos. Em busca de uma teoria geral da responsabilidade civil EHRHARDT JR, Marcos (coord.). In: *Os 10 anos do Código Civil: evolução e perspectivas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 325-356.

¹⁷ NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 253.

¹⁸ TARTUCE, Flávio. *Função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil 2002*. São Paulo: Método, 2007. p. 244.

quantidade de significados e sentidos que o conceito de função pode adotar, a depender do instituto jurídico ou do caso concreto analisado.

Uma das questões controvertidas é saber se a função é uma finalidade ou instrumento para se atingir um fim. Gerson Luiz Carlos Branco¹⁹, por exemplo, defende que função e finalidade não se confundem, sendo aquela meio para se chegar a esta. Em sentido contrário, Flávio Tartuce expõe tese em que “a ideia de função está relacionada com o conceito de finalidade ou utilidade.”²⁰

Essa divergência encontra reflexo na própria legislação, uma vez que a função social é retratada de diversas formas. Em relação aos contratos, o art. 421 do Código Civil expõe, ao mesmo tempo, a função social como “limite” e “razão” da liberdade de contratar. Os arts. 184 e 186 da CF, ao tratar da propriedade rural, tratam do cumprimento da função social, o que leva a crer que se está falando em uma finalidade. Da mesma forma, o art. 5º, XXIII, da CF, prescreve que “a propriedade atenderá a sua função social”, sendo razoável também concluir que esta atua como fim ou objetivo. Por fim, o art. 170 da CF estabelece a função social como um princípio da ordem econômica, o que dá ensejo a diversas considerações, já que o próprio conceito é controverso, havendo doutrina relevante que classifica os princípios como normas finalísticas²¹.

¹⁹ “Enquanto a função é usada para descrever o caráter instrumental do modelo, que serve para determinados fins, a expressão ‘finalidade’ descreve os próprios fins para os quais o instrumento deve ser usado”. BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Função Social dos Contratos: interpretação à luz do Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 273.

²⁰ TARTUCE, Flávio. *Função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil 2002*. São Paulo: Método, 2007. p. 249

²¹ Humberto Ávila entende que os princípios que são normas imediatamente finalísticas, com pretensão de complementar a tomada de decisão, sem apresentar solução específica, mas de contribuir para a decisão em conjunto com outras razões. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 129-130.

Por conta dessa multiplicidade de usos que a função social adquire no nosso ordenamento, é contraproducente fixar um conceito único e em oposição a outras funções das normas jurídicas, uma vez que tal conduta exclusiva e seletiva não se coaduna com o ambiente plural da sociedade que o direito pretende regular, como nos lembra o jusfilósofo argentino Carlos Santiago Nino²².

Assim, exemplificando com a teoria do negócio jurídico, a função social só tem sentido quando entendida em consonância com a função individual dos contratos, uma vez que estes atendem imediatamente interesses pessoais²³. Tal conclusão é reforçada porque a dignidade da pessoa humana – individualizada e personificada – é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, conforme art. 1º da CF. Logo, tratar a função social como algo contrário à função individual dos institutos civilistas seria ir contra a própria tendência contemporânea de “repersonalização” do Direito Civil²⁴, no qual a pessoa humana passa a ser foco das relações, em detrimento de uma visão meramente patrimonialista. Nesse passo, a função social tem como missão justamente garantir a realização da dignidade da pessoa humana, conforme lição de Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski, ao tratar da propriedade:

²² NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. 2 ed. ampl. e rev. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo e Ricardo Depalma, 2003. p. 02.

²³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios contratuais. In: LÔBO, Paulo Luiz Netto; LYRA JR., Eduardo Messias Gonçalves de. (coords). *A teoria do contrato e o novo Código Civil*. Recife: Nossa Livraria, 2003. p. 9-23.

²⁴ “Não se trata do individualismo abstrato do Liberalismo nem, tampouco, de concepção coletivista que coloca o todo como ente diverso dos seres concretos que o compõem – ou seja, como ente também abstrato a ocupar um lugar metafísico. Trata-se, sim, de proteger a pessoa humana em sua dimensão coexistencial, cuja rede de relações constitui a sociedade. Não é possível conceber o indivíduo sem o outro, pelo que a tutela da dignidade humana é sempre interindividual, baseada em uma ética de alteridade e individualista.” FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI, Carlos Eduardo. A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, vol. 35, p. 101-119, jul./set. 2008.

“Se a história adverte ao estudioso e ao aplicador do direito que o discurso pertinente a função social ainda não logrou êxito em promover, na plenitude esperada, uma ‘repersonalização’ do direito de propriedade, mostrando-se pertinente um repensar – sempre de sentido emancipatório – do conteúdo e do fundamento dessa funcionalização, não se nega que, no movimento dialético que conduz a história, seria um equívoco negar a pertinência da função social da propriedade para a busca da concretização da dignidade da pessoa no Direito Civil.”²⁵

Igualmente, a função social deve ser vista em concordância com as finalidades individuais, ambientais, econômicas e culturais²⁶, entre outras, previstas na Constituição e que permeiam as relações privadas travadas entre os indivíduos. Por isso, a função social é “expressão do reconhecimento da ‘multifuncionalidade’ típica dos modelos jurídicos”, e “realiza simultaneamente todas as funções, em vários níveis (...)”²⁷.

Visto que a funcionalização adquire diversas facetas, é possível concluir que não há sentido em determinar abstratamente se a função social é uma finalidade em si mesmo ou instrumento para outros fins. Isso porque há casos em que se impõe a função social no papel de fim a ser atingido por meio de outros instrumentos, como é a hipótese do art. 186 da CF, no qual se estabelece que a função social da propriedade agrícola é atingida por meio de aproveitamento racional do imóvel, utilização adequada dos recursos naturais, preservação do meio ambiente, entre outros. Por outro lado, quando se considera a função social como um mecanismo para se concretizar a dignidade da pessoa

²⁵ *Ibidem*, p. 109.

²⁶ “(...) não é possível o estabelecimento unívoco dos conceitos ‘função social’ e ‘altruísmo’, visto que, se a realização da feição individualista-lucrativa estiver de acordo com outros vetores normativos (trabalhista, tributário, ambiental, humanístico), não haverá qualquer perspectiva franciscana dos poderes proprietários” BARBOSA, Pedro Marcos Nunes; LONGHI, João Victor Rozatti. *Direitos de Propriedade: da estrutura codificada à função constitucional*. In: CASTRO, Flavia Almeida Viveiros de (Org.). *Temas Atuais em Direito Imobiliário*. Rio de Janeiro: Editora PUC-Rio, 2013. p. 205-206.

²⁷ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Função Social dos Contratos: interpretação à luz do Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 297.

humana ou a redução das desigualdades, obviamente se emprega uma visão instrumental ao instituto, a serviço de outros fins.

Ao contrário de configurar contradição conceitual, essa diversidade apenas reforça a aludida “multifuncionalidade” da função social, como verdadeira agregadora de outras funções instrumentais ou finalísticas. Justifica-se essa opção maleável porque o próprio Direito Civil já não se satisfaz com construções imutáveis e rígidas.

No entanto, essa mutabilidade que se confere à função social não pode ser encarada como carta branca para se fazer qualquer uso ou interpretação, uma vez que é justamente essa incoerência que se pretende combater. É contra esse tipo de conduta que Gerson Luiz Carlos Branco²⁸, com base em Enzo Roppo, explica que a definição da função de determinado instituto jurídico não deve ser feita arbitrariamente, conforme vontade do detentor do poder em determinado momento histórico, como ocorreu nos regimes fascistas europeus. Nesse sentido, é recomendável que os fins perseguidos estejam previstos na legislação, ainda que implicitamente.

Seguindo esse raciocínio, quando o intérprete pretende funcionalizar determinado instituto jurídico, não cabe a ele decidir arbitrariamente qual o conteúdo da função social, sem observar os comandos fixados na Constituição e demais normas. Nesse sentido, quando se decide sobre a função social dos direitos sobre imóveis urbanos, deve-se ter em mente que “A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”, nos termos do art. 182, §2º, da CF. Consequente-

²⁸ *Ibidem*, p. 278-280.

mente, é necessário que a função social da propriedade seja exercida nos termos dos arts. 2º²⁹ e 39³⁰ do Estatuto das Cidades – Lei Federal nº 10.257/2001, que tratam justamente dos requisitos mínimos da política urbana prevista no plano diretor de cada município.

No que diz respeito à função social dos contratos, prevista no art. 421 do Código Civil, não há diretrizes tão claras e específicas, o que não significa que elas inexistem, mas sim que se demanda maior esforço hermenêutico para encontrar essas respostas no ordenamento. Dessa forma, parece cabível exigir que a função social da liberdade de contratar seja exercida em respeito à cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e livre iniciativa, encartados como fundamentos da República Brasileira (art. 1º, CF). Do mesmo modo os negócios jurídicos devem se guiar pelos objetivos fundamentais da república (art. 3º, CF), notadamente a construção de uma sociedade livre e solidária, redução das desigualdades e promoção do bem de todos, sem discriminações de qualquer natureza. Já no âmbito dos contratos de consumo, o Código do Consumidor oferece diretrizes mais objetivas para concretização da função social, como os princípios das relações consumeristas (art. 4º, CDC), direitos básicos do consumidor (art. 6º, CDC), rol exemplificativo de práticas abusivas (art. 39, CDC) e de cláusulas absolutamente nulas (art. 51, CDC).

Vale frisar que a importância da delimitação mínima do conteúdo da função social não significa maior controle e redução

²⁹ Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

³⁰ Art. 39. A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas, respeitadas as diretrizes previstas no art. 2º desta Lei.

da autonomia privada, mas serve, ao contrário, para evitar abusos e arbitrariedades contra a liberdade individual³¹. Também é importante ressaltar a relevância de que a legislação, ao positivizar balizas e orientações de cunho funcional, compreenda que mesmo dentro de uma única matéria – seja a teoria dos direitos reais, do negócio jurídico ou da responsabilidade civil – existem uma complexidade de situações e hipóteses jurídicas diversas, sendo necessário, muitas vezes, tratar diferentemente cada uma³².

Demonstrada a complexidade e multiplicidade de sentidos que a função social pode adquirir no ordenamento jurídico, passamos a exemplificar alguns desses casos específicos.

3. FUNÇÃO COMO MÉTODO: A METODOLOGIA DO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

É notório que o Direito Civil brasileiro passou por importantes inovações legislativas, trazidas principalmente pela Constituição de 1988 e pelo Código Civil de 2002, além de diplomas específicos como o Código de Defesa do Consumidor e o Estatuto das Cidades.

Essas novidades exigiram dos juristas repensar a técnica

³¹ “Isso porque a funcionalização implica intervenção no regime dos efeitos para proteção do interesse social, que não representa a ‘sociedade’ corporificada em um ‘interesse’ concreto eventualmente oposto ao interesse das partes, mas a uma atribuição normativa para o contrato considerado como modelo jurídico, que pode estar presente na realização dos interesses individuais dos contratantes, sem qualquer limitação por parte da coletividade. (...) Em outras palavras, a finalidade imediata a ser alcançada é de natureza econômica e particular, e a finalidade mediata é de natureza social”. BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Função Social dos Contratos: interpretação à luz do Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 300-301.

³² “O Direito Privado passou por sérias e profundas transformações nos últimos tempos. Assim, costuma-se afirmar que todos os institutos do Direito Civil vêm perdendo a estrutura abstrata e generalizante para, aos poucos, substituí-la por disciplinas legislativas cada vez mais concretas.” TARTUCE, Flávio. *Função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil 2002*. São Paulo: Método, 2007.p. 29.

– ou o método – de se aplicar os institutos civilistas, o que deu origem ao que se convencionou chamar de Metodologia do Direito Civil Constitucional³³. Nesse contexto, ganhou relevância a funcionalização dos institutos civilistas como elemento metodológico útil a atender aos novos anseios do direito privado, notadamente no que diz respeito à concretização de princípios como o da dignidade da pessoa humana e da solidariedade. Rosa Maria Nery, apesar de não afirma expressamente que a função social seja um método, parece chegar a essa conclusão, ao constatar que ela não se trata nem de razão nem de limite do negócio jurídico – como prescreve o art. 421 do CC/2002 – mas de “técnica que permite que a exegese das leis e dos contratos não seja feita *in abstracto*, mas sim *in concreto*”³⁴.

Como já visto, o conceito de função pode se identificar com as finalidades da norma ou representar um instrumento para atingir esses fins. Por isso, uma primeira relação a ser feita entre função e metodologia, é que a funcionalização se aproxima da teleologia de determinado instituto, permitindo relacioná-la com o método teleológico. Sobre o assunto, vale transcrever a lição de Andreas J. Krell³⁵:

“Muitas vezes, o fim da norma assume uma função decisiva na definição do significado de um dispositivo legal no caso concreto, uma vez que o Direito serve para produzir soluções adequadas para certos problemas. Ao contrário dos outros elementos metódicos, o teleológico não guarda relação direta com o

³³ “O Direito Civil Constitucional é uma metodologia de estudo, de pesquisa e de aplicação do Direito Civil. (...) Não faz portanto nenhum sentido trabalhar o Direito Civil Constitucional como algo autônomo e descolado do Direito Civil, especialmente quando se busca nele uma função prática e operacional, destinada a uma sociedade complexa” LÔBO, Paulo Luiz Netto. Metodologia do Direito Civil Constitucional. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski et al (Orgs). *Direito Civil Constitucional: a ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014. p. 20-21.

³⁴ NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 249.

³⁵ KRELL, Andreas J. Entre desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica. *Revista Direito GV*, São Paulo, ano 10, p. 295-320, jan/jun 2014.

texto legal, mas perquire sobre algo externo, isto é, a orientação instrumental da norma, o que atribui ao intérprete uma considerável liberdade na afirmação deste fim concreto e das suas consequências para o caso. No centro de atenção aqui não estão questões semânticas, a coerência do sistema ou as intenções do legislador, mas a responsabilidade do intérprete pelo alcance de um resultado correto e/ou justo para o caso concreto a ser decidido. (...) Assim, o elemento teleológico da interpretação resguarda e aumenta a racionalidade da produção da decisão, uma vez que exige um convencimento argumentativo sobre o juridicamente correto (MORLOK, 2012, p. 202 ss.).”

Especificamente no ramo dos negócios jurídicos, Karl Larenz³⁶, em sua já clássica obra sobre metodologia jurídica, explica que os conceitos abstratamente positivados não são suficientes para solucionar os casos concretos. Por isso, propõe que tais conceitos sejam desenvolvidos com base na função que exercem no ordenamento. Essa função serviria, inclusive, para determinar o conteúdo e a forma de determinado ato. O autor – ainda calcado em uma visão mais tradicional – afirma que o negócio jurídico deve ser interpretado em função da autonomia privada, por ser instrumento a serviço desta³⁷.

Além do método teleológico, a função social pode ser vista como elemento metodológico de cunho sistemático, a fim de permitir que as normas sobre determinado assunto sejam interpretadas em coerência com todo o ordenamento. Essa unidade sistêmica que a funcionalização confere como método interpretativo é especialmente importante no atual momento histórico, em que o Direito Civil se subdivide em inúmeros e novos campos (como os direitos de privacidade no mundo virtual), para

³⁶ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3 ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 686-692.

³⁷ “Assim, a ciência do Direito privado actual trabalha, pelo menos desde a grande obra de FLUME, com um conceito de negócio jurídico determinado pela função, que o entende primordialmente como meio de autonomia privada e intenta compreender a partir desta sua função a problemática a ele ligada e as respostas dadas a esse respeito pela lei”. *Ibidem*, p. 686.

evitar contradições entre a legislação própria de cada área³⁸. A aplicação da função como elemento de unidade do sistema também se coaduna com as afirmações feitas no tópico anterior, de que não cabe ao aplicador do direito preencher o conteúdo da função social arbitrariamente, sem observância das diretrizes constitucionais e legais que conformam o direito positivo pátrio.

Por fim, a função há muito desempenha importante papel metodológico na experiência estrangeira. Isso ocorre porque a análise funcional permite que ordenamentos com categorias dogmáticas diversas – o que impossibilitaria uma comparação meramente estrutural ou normativa – sejam analisadas em razão da semelhança das funções que as normas exercem abstratamente³⁹ ou nos casos concretos⁴⁰. Logo, constata-se que a função permite a leitura mais profunda de um sistema jurídico estrangeiro, uma vez que supera eventuais divergências dogmáticas e contribui para a troca de soluções entre ordenamentos diversos. Além disso, a comparação com base em uma análise funcional possibilita encontrar conjuntos normativos diferentes, mas que servem para resolver os mesmos problemas, o que ajuda

³⁸ LEWICKI, Bruno. Metodologia do Direito Civil Constitucional: Futuros possíveis e armadilhas. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 01, p. 288-293, jul/set 2014.

³⁹ “Aplicado ao âmbito do Direito Comparado, o método funcional parte do pressuposto de que deve haver semelhanças funcionais entre diferentes ordenamentos jurídicos, ou seja, funções semelhantes devem poder ser percebidas pelo comparatista (Husa, 2003, p. 431). Fundado por Rabel e posteriormente desenvolvido sobretudo por Zweigert e Kötz, esse método representou a possibilidade de comparar ordenamentos jurídicos entre si, sem que o comparatista estivesse vinculado aos dogmas de seu próprio ordenamento. É que, em lugar das normas, propunha-se que funções abstratas fossem utilizadas como objeto de análise comparativa.” CURY, Paula Maria Nasser. Métodos de Direito Comparado: desenvolvimento ao longo do século XX e perspectivas contemporâneas. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, v. 6, n. 2, p. 176-185, jul/set 2014.

⁴⁰ “O método funcional exige que se faça a comparação entre dois ou mais ordenamentos jurídicos não com base em normas, conceitos ou figuras da dogmática, mas sim com base em determinado conflito de vida real e o mecanismo que um ordenamento jurídico prevê para sua solução.” SCHMIDT, Jan Peter. Responsabilidade civil no direito alemão e método funcional no direito comparado. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 40, p. 139-150, out/dez 2009.

na verificação da eficiência de cada um.

Com base nessa exposição, a funcionalização revela-se como importante instrumento metodológico para o Direito Civil, tanto no aspecto teleológico e sistemático, como no Direito Comparado. Mas não é só, adiante mudaremos o foco para analisar a função como elemento do próprio negócio jurídico.

4. FUNÇÃO COMO RAZÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO: A CONTROVÉRSIA SOBRE A CAUSA

Uma questão bastante antiga do Direito Civil é se a causa é ou não elemento do negócio jurídico, notadamente quando não consta previsão legal expressa sobre o assunto. No caso do direito civil francês, Jacques Ghestin⁴¹ explica que, mesmo antes da positivação da matéria na França, a causa já era considerada elemento essencial ao negócio, independentemente de disposição em lei. No caso do Brasil, a ausência de previsão da causa nos Códigos de 1916 e 2002 pode ter dificultado o desenvolvimento do tema na doutrina nacional, mas não impediu que relevantes autores reconhecessem a causa como elemento do negócio jurídico. Assim, cumpre inicialmente expor o conceito de causa, para em seguida demonstrar sua relação com a função.

Ainda com suporte no antigo Código Civil, Eduardo Espínola⁴² reconhece a dificuldade da conceituação da causa, a qual seria a "razão de ser extrínseca" do negócio jurídico, enquanto o motivo seria a "razão de ser intrínseca". Assim, a causa seria o fim perseguido, o qual necessariamente deve ser uma finalidade aceita pelo ordenamento, sob pena de não ser o negócio recepcionado como categoria jurídica pelo direito. Por outro lado, o autor reconhece a existência de negócios causais ou materiais e negócios abstratos ou formais, subsistindo a segunda

⁴¹ GHESTIN, Jacques. *Traité de Droit Civil, Tomo II – Les obligations, Le contrat*. Paris: LGDJ, 1980. p. 527-530.

⁴² ESPINOLA, Eduardo. *Sistema do Direito Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977. p. 576-577.

categoria mesmo que não se verifique a causa que os guiou.

Da mesma forma, Pontes de Miranda⁴³ já identificava a causa como a função do ato jurídico *latu sensu*, “traçando-lhe e precisando-lhe a eficácia”, e que esta não se confunde com o seu motivo (razões internas do agente) nem com o seu fim, que seria a junção de causa e motivo. Além disso, o autor explica que os negócios jurídicos em regra são causais, sendo necessário que a lei indique expressamente os casos abstratos. Marcos Bernardes de Mello, seguindo a orientação ponteana, conclui que a causa é “atribuição jurídica do negócio, relacionada ao fim prático que se obtém como decorrência dele. (...) A causa, em última análise, constitui a função do negócio jurídico”⁴⁴.

Da análise desses conceitos, percebe-se que, antes mesmo das previsões da função social do contrato no Código Civil de 2002, já havia na doutrina pátria e estrangeira a preocupação de que os negócios jurídicos deveriam possuir uma causa, razão ou função que se coadunasse com os ditames legais e morais⁴⁵. Portanto, a utilização da teoria da causa para explicar a funcionalização dos contratos é bastante útil para desmistificar as acusações de que a função social viria para descaracterizar o negócio jurídico, por suposta interferência na autonomia privada.

Nesse contexto, a doutrina brasileira contemporânea passou a refletir sobre a causa à luz do art. 421 do CC/2002, que diz que a liberdade de contratar será exercida “em razão” da função

⁴³ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado: Parte Geral – Tomo III*. 3 ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1970. p. 78-80.

⁴⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico - Plano da Existência*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 145.

⁴⁵ GHESTIN, Jacques. *Traité de Droit Civil, Tomo II – Les obligations, Le contrat*. Paris: LGDJ, 1980. p. 613.

social, conforme lições de Pablo Renteria⁴⁶ e Nelson Rosenvald⁴⁷.

É importante também transcrever a lição de Maria Celina Bodin⁴⁸, que expõe a relevância da causa na interpretação dos negócios jurídicos, para verificação do cumprimento de sua função social:

“A principal utilidade da análise do elemento causal é apontada, exatamente, no serviço que presta como meio de recusa de proteção jurídica a negócios sem justificativa ou sem significação social. Assim é que o negócio pode ter como requisitos de validade apenas a declaração de vontade, o objeto e a forma (art. 104, CC 2002); mas, a causa – ou a especificação da função que desempenha – é o elemento que o define, que lhe é próprio e único, e que serve a diferenciá-lo de qualquer outro negócio, típico ou atípico. É, portanto, também o elemento que lhe dá – ou nega – juridicidade.”

Além disso, o estudo do elemento causal permite enxergar certos aspectos específicos do negócio jurídico, pois “soamente a identificação da causa pode determinar a qualificação contratual, a invalidade ou ineficácia de certas relações jurídicas

⁴⁶ “Apesar do silêncio do Código Civil de 2002 – sobremaneira o art. 104, ao eleger os requisitos de validade do negócio jurídico –, podemos justificar o reencontro do direito privado com a noção de causa, entendida esta como as razões que as partes perseguem com o contrato e as suas finalidades perante o meio social. (...) Passa a fazer todo sentido a afirmação do art. 421: (...) A função social recebe o status de fundamento para o exercício meritório da liberdade contratual.” ROSENVALD, Nelson. A função social do contrato. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TATURCE, Flávio (coord.). *Direito contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007. p. 87.

⁴⁷ “(...) se a consagração da função social como razão da autonomia contratual vem reforçar, entre nós, a necessidade de uma leitura funcional da relação contratual, capaz de determinar a adequada tutela contratual, não há como se negar uma certa homologia entre causa e função social” RENTERÍA, Pablo. Considerações acerca do atual debate sobre o Princípio da Função Social do Contrato. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina (coord.). *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 304.

⁴⁸ BODIN DE MORAES, Maria Celina. A causa do contrato. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 2, n. 4, out.-dez./2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-causa-do-contrato/>> Acessado em: 25 de novembro de 2015.

para as quais o exame dos demais elementos mostra-se insuficiente.”⁴⁹

A identificação da função como causa também permite resolver a questão sobre a eficácia interna da função social do contrato. Não há dúvidas que a função social possui uma eficácia externa às partes, mas ainda há debates sobre a existência de uma eficácia interna que vincule e condicione os próprios contratantes⁵⁰. Assim, a compreensão da função social como causa do contrato indica que as partes ficam vinculadas a atuar de acordo com a razão jurídica que legitima determinado negócio jurídico.

No entanto, é preciso reconhecer que a designação da função social como causa encontra resistência em parte da doutrina que entende equivocado apontá-la como razão da liberdade de contratar, conforme dispõe o art. 421 do CC/2002. Nesse sentido é o já exposto entendimento de Rosa Maria Nery (ver nota de rodapé 33), que diz que a função não se trata nem de limite nem de razão, mas de técnica interpretativa. Também contrários à tese, Lucas Abreu Barroso e Andreza Soares da Cruz criticam a redação do art. 421, pois a liberdade de contratar seria exercida em razão ou proveito das próprias vontades das partes, e não da função social⁵¹. Em sentido semelhante, Flávio Tartuce entende que a função é apenas limite à liberdade de contratar, ressaltando que há projeto de lei em trâmite no congresso – conhecido com projeto Ricardo Fiuza – para retirar a expressão “em razão” do

⁴⁹ TEPEDINO, Gustavo. Esboço de uma classificação funcional dos atos jurídicos. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Rio de Janeiro, p. 08-38, jul-set 2014.

⁵⁰ ROSENVALD, Nelson. A função social do contrato. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TATURCE, Flávio (coord.). *Direito contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007. p. 88-92.

⁵¹ BARROSO, Lucas Abreu; CRUZ, Andreza Soares da. Funcionalização do contrato: O Direito Privado e a organização econômico-social contemporânea. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 24, p. 79-88, out./dez. 2005.

art. 421, uma vez que a razão do contrato seria a própria autonomia privada.⁵²

Apesar das críticas, percebe-se mais uma vez como a função social pode cumprir importante papel na interpretação dos negócios jurídicos, quando for encarada à luz da teoria da causa, evitando que os contratos sejam desvirtuados para fins escusos ou ilícitos.

5. FUNÇÃO COMO LIBERDADE(S): A TESE DE CARLOS EDUARDO PIANOVSKI

Interessante releitura da teoria funcional é feita por Carlos Eduardo Pianovski, que procura conciliar a funcionalização com a autonomia privada ao tratar da função como liberdade(s). É preciso ressaltar, inicialmente, que não pretendemos expor neste breve espaço toda a complexidade da tese, mas apenas mostrar o resumo de algumas ideias que são relevantes para o presente artigo, notadamente no que diz respeito à possibilidade de funcionalizar o Direito Civil com diferentes objetivos. Feita essa ressalva, passamos a explorar a noção de função como liberdade(s).

O próprio autor reconhece que a forma de funcionalização dos institutos do Direito Civil, durante o século XX, leva à conclusão de que a “função vem a limitar ou, mesmo, condicionar a liberdade, de modo que uma perspectiva funcional seria a antítese de uma compreensão fundada nessa mesma liberdade”⁵³. Por isso, na tentativa de conciliar função e liberdade, ele apresenta uma concepção de função diferente da tradicional

⁵² TARTUCE, Flávio. *Função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil* 2002. São Paulo: Método, 2007. p. 241.

⁵³ PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. *Liberdade(s) e função: Contribuição crítica para uma nova fundamentação da dimensão funcional do Direito Civil brasileiro*. 19 de junho de 2009. 402 f. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais). Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná – UFPR, Curitiba. 2009. p. 1.614

postura sociológica, que a considera como uma prestação em favor de um todo, pois “dado instituto jurídico pode realizar prestações/contributos (e, assim, realizar uma função) para algo ou alguém (ou para atender às necessidades de algo ou de alguém) que não precisa, necessariamente, ser o ‘todo social’.”⁵⁴

O autor também tenta superar as noções de liberdade que tratam o indivíduo de forma isolada e desconectado das relações intersubjetivas, e inverte a relação de que a liberdade seria exercida em função de algo, para concluir que são os institutos jurídicos que devem funcionar em favor da liberdade⁵⁵.

Por essa trilha, a aparente contradição entre função e liberdade seria superada quando passamos a verificar qual o enfoque que se dá à análise funcional empreendida. Inicialmente, é preciso questionar se estamos a investigar a função das condutas regidas pelo Direito Civil ou a função do próprio Direito Civil (seus princípios, regras e institutos). Em seguida, cumpre identificar qual o tipo de função analisada: é ela manifesta e apriorística (sentido normativo teleológico), ou um “um sentido identificável na observação do fenômeno, que propicia a sua constituição e manutenção.”⁵⁶

Nesse passo, o autor entende que não seria cabível a abordagem funcional das condutas individuais regidas pelo Direito Civil, já que essas condutas teriam como marca principal justamente a ausência de qualquer fim ou *telos* imposto pela lei. Por outro lado, uma funcionalização dos institutos civilistas seria possível – com base no sentido normativo teleológico – para identificar um fim *a priori* do Direito Civil, que seria justamente

⁵⁴ *Ibidem*, p. 161.

⁵⁵ “Não se trata, portanto, de função como liberdade(s) que se dirige a um todo único, totalizante e abstrato. Tampouco se trata de funcionalização da liberdade a algo, mas, sim, de algo (os institutos do Direito Civil) funcionalizado à liberdade. O fato de essa liberdade se referir a um destinatário não a desqualifica como liberdade, uma vez que, como exposto acima, esse destinatário não é um todo social pensado como abstração, mas, na verdade, múltiplos destinatários em suas relações intersubjetivas compondo concretamente a sociedade.” *Ibidem*, p. 163.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 165.

a conduta livre. Em outras palavras, caberia o Direito Civil a função de assegurar justamente a própria autonomia da vontade.⁵⁷

Avançando além do sentido normativo (dever-ser), também é cabível a análise funcional do Direito Civil na observação do próprio fenômeno no caso concreto (como as coisas são). Nesse sentido, não se procura o próprio fim do Direito Civil, mas se “identifica[m] outros elementos funcionais explicativos desse Direito Civil Moderno”⁵⁸. Sobre essa mudança de foco, Bobbio alerta que o jurista deve ter cuidado para não “trocar o ser pelo dever-ser e de saltar, sem se dar conta, do problema de qual seja a função do direito em uma dada situação para o problema de qual deva ser.”⁵⁹

De todo modo, Carlos Eduardo Pianoviski não pretende colocar a liberdade – ou as várias formas de liberdades – como função única ou última do Direito Civil, pois tal conduta acabaria por retornar à rejeitada postura funcional sociológica, que entende que as funções são sempre destinadas a um único todo. Assim, o autor fala do conceito de “liberdade coexistencial”, que abarca o caráter plural da liberdade, e também se coaduna com as demais funções exercidas pelo direito⁶⁰.

⁵⁷ “Observe-se que identificar um direcionamento finalístico a priori para a própria conduta autônoma pode ser tarefa inglória, pois pode contradizer o próprio sentido da autonomia. Sem embargo, identificar um direcionamento finalístico a priori para o conjunto normativo que se aplica à conduta não ofende *prima facie* ao princípio da não-contradição, uma vez que a finalidade de uma regra pode ser, precisamente, assegurar um agir livre. Nesse sentido, somente haveria contradição entre função manifesta e liberdade na análise do Direito Civil Moderno caso a função de destinasse a objetivos concretos ou valores outros que viessem a tolher a própria liberdade negativa, sob a expressão de autonomia da vontade.” *Ibidem*, p. 167.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 168.

⁵⁹ BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do Direito*. Barueri: Manole, 2007. p. 107.

⁶⁰ PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. *Liberdade(s) e função: Contribuição crítica para uma nova fundamentação da dimensão funcional do Direito Civil brasileiro*. 19 de junho de 2009. 402 f. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais). Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná – UFPR, Curitiba. 2009. p. 228-229.

É o próprio autor que reconhece eventuais contradições e dificuldades na conciliação da função com liberdade, o que não significa que tal missão deve ser ignorada:

“A enunciação pode, pois, se dar da seguinte forma: trata-se de uma dimensão funcional dos institutos de base do Direito Civil centrada em uma compreensão plural - e internamente dotada de potencial conflito entre perfis de liberdade - que pode permitir afirmar que contrato, propriedade e família têm por função propiciar ora a proteção, ora o exercício, ora o incremento de liberdades coexistenciais, tanto do titular de um direito determinado quanto de terceiros que podem sofrer conseqüências materiais advindas do exercício desse direito. (...)

O norte enunciado significa que tanto o contrato como a propriedade e a família têm prestações a realizar em termos de liberdade em favor de indivíduos e de grupos de indivíduos, ampliando o espaço de escolhas, incrementando opções de vida e ofertando possibilidades concretas de exercício efetivo dessas escolhas.”

É preciso ressaltar que a liberdade que se sustenta não é a de abstratamente fazer escolhas, mas de efetivamente colocar em prática as preferências e valores que o indivíduo possui⁶¹. Essa consideração da liberdade com algo concreto e variável a depender de cada situação obviamente proporciona conflitos, o que não leva à negação da tese defendida, mas, ao contrário, só reforça o caráter plural e dinâmico que a liberdade assume atualmente⁶². Isso ocorrer porque ninguém é livre sozinho, signifi-

⁶¹ *Ibidem*, p. 231-233.

⁶² “Na tese proposta, esse caráter dinâmico é ainda mais acentuado pelo fato de que a ressignificação que se sustenta é pautada na liberdade. Essa abertura da dimensão funcional ao que é móvel, dúctil e dinâmico está precisamente no reiterado incremento de liberdade(s), haja vista que é nas inúmeras possibilidades engendradas pelo agir livre - e pela ampliação das possibilidades desse agir - que se verifica a pluralidade de alternativas, de valores e de concepções de vida que asseguram a renovação dos sentidos atribuíveis aos objetos que se está a funcionalizar a essa(s) liberdade(s).

Mas essa liberdade plural, com a multiplicidade de perfis que ela pode assumir, nem sempre implicará a consecução integral de todos esses perfis. Aliás, nem mesmo se espera que assim ocorra: a pluralidade pressupõe e admite a colisão de perfis de liberdade.” *Ibidem*, p. 233-234.

cando que a liberdade vem acompanhada da alteridade e “implica interseção de vidas livres, o que importa a responsabilidade intersubjetiva recíproca pelas liberdades dos indivíduos em relação.”⁶³

Por outro lado, é preciso sublinhar a existência de forte crítica doutrinária contra a ideia de função dos institutos civilistas, por ofensa à liberdade. Nessa direção, Rodolpho Barreto Sampaio Junior⁶⁴ sustenta que o discurso do novo Direito Civil brasileiro, com base na solidariedade e função social, seria uma retórica sedutora que esconderia um verdadeira postura controladora das relações privadas, retirando dos cidadãos as tradicionais garantias que os institutos civilistas ofereceriam.

Apesar das posições contrárias – ou justamente por causa delas –, a tese de Carlos Eduardo Pianovski tem a virtude de enfrentar diretamente a maior crítica que se faz à funcionalização do Direito Civil, que é a restrição indevida da autonomia dos indivíduos, por suposta interferência do Estado nas relações privadas, trazendo novas perspectivas e soluções para esse dilema.

6. O DIREITO CIVIL PRECISA FUNCIONAR

Ao longo do presente trabalho apresentamos os variados papéis que a funcionalização assume no Direito Civil brasileiro, a fim de comprovar a ideia de multifuncionalidade e demonstrar a inviabilidade de se alcançar um único conceito de função do direito.

Ficou claro que a concepção de função como finalidade – ou instrumento para busca de determinados fins – não é algo novo no direito, sendo uma preocupação recorrente da Filosofia do Direito e do Direito Civil, como se vê da função como método de interpretação ou como causa do negócio jurídico. Apesar de

⁶³ *Ibidem.*, p. 375.

⁶⁴ SAMPAIO JUNIOR, Rodolpho Barreto. *Da liberdade ao controle: os riscos do Novo Direito Civil brasileiro*. Belo Horizonte: PUC Minas Virtual, 2009.

ser um assunto constante, há uma abordagem equivocada do tema, já que muitas vezes a função é enquadrada como um conceito estático e absoluto.

Ocorre que a maior virtude da análise funcional dos institutos jurídicos é justamente permitir sua maior efetividade em cada caso, possibilitando sua adaptação a situações concretas, sem que isso importe em descumprimento das regras positivadas. Tal maleabilidade do Direito Civil se mostra bastante necessária em uma sociedade que muda seus padrões sociais, econômicos e culturais com grande velocidade, permitindo que o direito acompanhe tais alterações sem se tornar defasado ou incompatível com a realidade.⁶⁵

É por isso que a funcionalização deve ser exercida de forma diversificada, a depender da área do Direito Civil envolvida, pois é certo que a função social não incorpora o mesmo conteúdo nos contratos, na propriedade, na responsabilidade civil ou na família. Repetimos que essas variadas maneiras de funcionalizar o direito não quer dizer que o intérprete pode fazer qualquer uso da função social, uma vez que deve se ater aos limites do direito positivo. Nesse sentido é pertinente compreender que a funcionalização do Direito Civil não nos autoriza a ignorar o ordenamento, e sim nos permite ressignificar as normas postas, buscando interpretações mais adequadas à realidade, sem necessidade de se recorrer diretamente a princípios constitucionais por mera conveniência⁶⁶.

Possivelmente o maior cuidado na análise funcional diz respeito ao eventual conflito com a liberdade, que tradicionalmente caracteriza as relações privadas. Tal contradição é resolvida quando a funcionalização do Direito Civil é feita justamente

⁶⁵ ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. *Tratado de Derecho Civil: Tomo I, Vol. 1 - Parte General*. 2 ed. Barcelona: Bosch, 1953. p. 126-130. p. 130.

⁶⁶ LEWICKI, Bruno. Metodologia do Direito Civil Constitucional: Futuros possíveis e armadilhas. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 01, p. 288-293, jul./set. 2014.

em razão ou em favor da liberdade ou liberdades, já que esta adquire conteúdo variável a depender de cada indivíduo e de cada situação. Essa postura certamente causa colisão de interesses e valores, mas isso apenas atesta a pluralidade dos conceitos de função e de liberdade, exigindo a conciliação dos mesmos em cada caso concreto. De qualquer forma, a função não pode se sobrepor à autonomia privada a ponto de controlar todas as condutas dos particulares de forma mecânica, principalmente quando não se verifica nenhum prejuízo para a coletividade, já que os indivíduos são livres para tomar suas próprias decisões, ainda que aparentemente possam ser pessoalmente desvantajosas⁶⁷.

Por tudo isso, a comunidade jurídica tem a missão de fazer o Direito Civil funcionar, o que importa na correta identificação e delimitação das várias funções que os institutos civilistas podem exercer. Essa tarefa exige do intérprete eleger como a função deve incidir no caso concreto (na forma de método, por exemplo), bem como precisa observar os limites do ordenamento quanto aos fins perseguidos, principalmente no que diz respeito à garantia da liberdade que caracteriza as relações privadas.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ÁLVAREZ, Tomás Prieto. La intervención del Estado en la libertad individual: liberalismo, paternalismo, bien común. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 4, n. 1, jan.-

⁶⁷ ÁLVAREZ, Tomás Prieto. La intervención del Estado en la libertad individual: liberalismo, paternalismo, bien común. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 4, n. 1, jan.-jun./2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/la-intervencion-del-estado-en-la-libertad-individual/>> Acessado em: 25 de novembro de 2015.

- jun./2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/la-intervencion-del-estado-en-la-liberdad-individual/>> Acessado em: 25 de novembro de 2015.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 129-130.
- BARBOSA, Pedro Marcos Nunes; LONGHI, João Victor Rozatti. Direitos de Propriedade: da estrutura codificada à função constitucional. In: CASTRO Flavia Almeida Viveiros de, (Org.). *Temas Atuais em Direito Imobiliário*. Rio de Janeiro: Editora PUC-Rio, 2013. p. 199-220.
- BARROSO, Lucas Abreu; CRUZ, Andreza Soares da. Funcionalização do contrato: O Direito Privado e a organização econômico-social contemporânea. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 24, p. 79-88, out./dez. 2005.
- BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do Direito*. Barueri: Manole, 2007.
- BODIN DE MORAES, Maria Celina. A causa do contrato. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 2, n. 4, out.-dez./2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-causa-do-contrato/>> Acessado em: 25 de novembro de 2015.
- BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Função Social dos Contratos: interpretação à luz do Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CURY, Paula Maria Nasser. *Métodos de Direito Comparado: desenvolvimento ao longo do século XX e perspectivas contemporâneas*. In *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, v. 6, n. 2, p. 176-185, jul./set. 2014.
- ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. *Tratado de Derecho Civil: Tomo I, Vol. 1 - Parte General*. 2 ed. Barcelona: Bosch, 1953.
- EHRHARDT JR, Marcos. Em busca de uma teoria geral da responsabilidade civil. EHRHARDT JR, Marcos (coord.).

- In: *Os 10 anos do Código Civil: evolução e perspectivas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 325-356.
- ESPINOLA, Eduardo. *Sistema do Direito Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.
- FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI, Carlos Eduardo. A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, vol. 35, p. 101-119, jul./set. 2008.
- GHESTIN, Jacques. *Traité de Droit Civil, Tomo II – Les obligations, Le contrat*. Paris: LGDJ, 1980.
- HABA, Enrique P. Metodología realista-crítica y ética del razonamiento judicial: (realismo jurídico como alternativa práctica al discurso normativista de los jueces). *Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, Universidad Alicante, n. 25, p. 503-531, 2002.
- KRELL, Andreas J. Entre desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica. *Revista Direito GV*, São Paulo, ano 10, p. 295-320, jan./jun. 2014.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3 ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LEWICKI, Bruno. Metodologia do Direito Civil Constitucional: Futuros possíveis e armadilhas. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 01, p. 288-293, jul./set. 2014.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Metodologia do Direito Civil Constitucional. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski et al (Orgs). *Direito Civil Constitucional: a ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014. p. 20-21.

- _____. Princípios contratuais. In: LÔBO, Paulo Luiz Netto; LYRA JR., Eduardo Messias Gonçalves de. (coords). *A teoria do contrato e o novo Código Civil*. Recife: Nossa Livraria, 2003. p. 9-23
- MELLO, Marcos Bernandes de. *Teoria do Fato Jurídico - Plano da Existência*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 145,
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado: Parte Geral - Tomo III*. 3 ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1970
- NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. 2 ed. ampl. e rev. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo e Ricardo Depalma, 2003.
- PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. *Liberdade(s) e função: Contribuição crítica para uma nova fundamentação da dimensão funcional do Direito Civil brasileiro*. 19 de junho de 2009. 402 f. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais). Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná – UFPR, Curitiba. 2009.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3 ed. atual. Coimbra: Coimbra Editora, 1985.
- RENTERÍA, Pablo. Considerações acerca do atual debate sobre o Princípio da Função Social do Contrato. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina (coord.). *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 281-313.
- ROSENVALD, Nelson. *A função social do contrato*. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TATURCE, Flávio (coord.). *Direito contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007. p. 81-112.
- SAMPAIO JUNIOR, Rodolpho Barreto. *Da liberdade ao controle: os riscos do Novo Direito Civil brasileiro*. Belo Horizonte: PUC Minas Virtual, 2009.

- SCHMIDT, Jan Peter. *Responsabilidade civil no direito alemão e método funcional no direito comparado*. In Revista Trimestral de Direito Civil, v. 40, p. 139-150, out./dez. 2009.
- TARTUCE, Flávio. *Função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil 2002*. São Paulo: Método, 2007.
- TEPEDINO, Gustavo. Esboço de uma classificação funcional dos atos jurídicos. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 01, p. 08-38, jul./set. 2014.