



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

RODINEY HIDEKI KUROKI

**FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO:
uma análise crítica do princípio**

BRASÍLIA

2016

RODINEY HIDEKI KUROKI

**FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO:
uma análise crítica do princípio**

Trabalho de conclusão de curso apresentado como
requisito para obtenção do grau de bacharel em
Direito no Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Prof. Luís Antônio Winckler Annes

BRASÍLIA

2016

RODINEY HIDEKI KUROKI
FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO:
uma análise crítica do princípio

Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito no Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Prof. Luís Antônio Winckler Annes

Brasília, ____ de _____ de 2016.

Banca Examinadora

Prof. Luis Antônio Winckler Annes

Prof. Marlon Tomazette

Prof. Lucineia Possar

AGRADECIMENTOS

A minha família, principalmente meus pais, George Hideyuki Kuroki e Mieko Takatsuji Kuroki, que me proporcionou todo amparo material e moral desde o primeiro segundo de minha vida.

A minha amada namorada Silvia Tiemi Sumikawa pelo apoio inabalável, não somente na conclusão deste curso, como em todos os aspectos de minha vida.

Aos meus amigos do curso de Direito e meus professores de graduação, que me ensinaram muito além do Direito.

Ao meu professor orientador Luís Antônio Winckler Annes pelas lições e pelo inegável comprometimento com o andamento dessa monografia.

Ao meu amigo Heigon Henrique da Silva Lins pela cooperação acadêmica e, principalmente, pelas heigadas e amizade durante este curso de Direito.

Aos meus amigos do Banco do Brasil, Mercês Pereira de Souza Neto, Maria da Glória Castanheira Quintans e Nadia Sant'Anna Branco, que não mediram esforços em me ajudar na minha rotina apertada de bancário e estudante.

A todos que me ajudaram nessa trilha profissional.

RESUMO

O objetivo deste trabalho é compreender o significado e os efeitos do Princípio da Função Social do Contrato, cláusula geral prevista no artigo 421 do Código Civil de 2002. Trata-se de trabalho de conclusão de curso considerado requisito para colação de grau de bacharelado em Direito. Utilizou-se como metodologia a linha dogmática, ligada essencialmente ao texto legislativo, para avaliar uma seleção dos textos doutrinários pertinentes, para, em seguida, estudar a aplicação destes estudos em jurisprudência. Como resultado, obteve-se, ao menos, uma estrutura lógica das possibilidades de interpretação do princípio, mas não houve êxito em firmar um posicionamento pacífico. Como conclusão, é pertinente sobressaltar que, diante da elasticidade ideológica das possibilidades interpretativas, ou seja, diante de uma posição interpretativa servir de argumento a uma posição mais liberal e o outro a uma posição mais social, o debate jurídico sofre influência da posição política do intérprete, não constituindo mera análise técnica jurídica.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Civil. Contrato. Princípio. Função social. Cláusula geral. Significado. Efeitos. Relevância jurídica. Segurança jurídica.

ABSTRACT

The intent of this work is to understand the meaning and implications of the Principle of Contract Social Function, general clause announced in Article 421 of the Civil Code of 2002. It is a conclusion academic term paper considered as a requirement for bachelor degree in Law Studies. As methodology, it's been used the dogmatic line, linked essentially to the legislative text, by evaluating a selection of relevant doctrinal texts, to then, study the application of these studies in jurisprudence. As a result, the research achieved, at least, a logical structure of interpretation for the principle, but were unsuccessful in establishing a prevailing position for jurists. In conclusion, it is important to be emphatic that, considering the ideological elasticity of interpretative possibilities, in other words, considering one interpretative position serves as an argument to a liberalist position and the other to a socialistic position, the political position of the jurist affects the legal debate, not composing exclusively technical legal analysis.

KEYWORDS: Civil Law. Contract agreement. Principle. Social Function. General clause. Meaning. Legal effects. Legal importance. Legal reliability.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	7
2	CONTEXTUALIZAÇÃO E ANÁLISE DOUTRINÁRIA	9
2.1.	Do contexto histórico-político e das relações econômicas.	9
2.2.	Da função social do contrato como cláusula geral	11
2.3.	Da análise doutrinária sobre o sentido do princípio	12
2.4.	Dos efeitos jurídicos em abstrato	21
3	ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO .	24
3.1.	Da jurisprudência como norma individual	25
3.2.	Do entendimento jurisprudencial do STJ	26
3.3.	Do entendimento jurisprudencial do TJDFT	34
4	A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO EM ANÁLISE	39
4.1.	Da conformação constitucional do princípio	39
4.2.	Do significado do princípio da função social do contrato	39
4.2.1.	Do sentido técnico jurídico da função social do contrato	41
4.2.2.	Do sentido meta jurídico da função social do contrato	44
4.3.	Dos efeitos jurídicos no caso em concreto	46
4.3.1.	Análise subjetiva dos efeitos	46
4.3.2.	Análise objetiva dos efeitos	48
4.4.	Da relevância jurídica	49
4.5.	Da segurança jurídica	52
5	CONCLUSÃO	56
	REFERÊNCIAS	58

1 INTRODUÇÃO

A função social possui aplicação em diversos institutos no decorrer da história jurídica do país, como a função social da propriedade e, mais recentemente, a função social do contrato. Diante da tradição positivista brasileira, pode-se estabelecer os marcos normativos de acordo com a vigência do texto legal. Em se tratando do Princípio da Função Social do Contrato, trata-se da vigência do Código Civil de 2002, que, em seu artigo 421, estabelece que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Note-se: a discussão aqui abordada não trata da natureza normativa da função social do contrato, caracterização como regra ou princípio, assumindo, como toda doutrina assume, tratar-se de princípio. Não obstante, faz-se esses parênteses para que, em oportunidades futuras, seja estudado o assunto de forma mais aprofundada.

Desta forma, imperativo elencar a definição de princípio adotado em pesquisa. Por princípio entende-se aqui, não apenas o conceito como norma balizadora de sistema, desprovida de força cogente, como norma de eficácia em concreto, podendo, de acordo com a situação fática, ser ajustada segundo uma dimensão de peso, ou seja, podendo ser aplicada em maior ou menor grau a depender do caso em concreto.

Diante dessa realidade, demonstra-se a importância deste estudo, uma vez que a definição do significado e as hipóteses de efeitos do princípio possuem uma possível influência direta e de alto grau no plano jurídico, podendo-se alterar o paradigma das relações contratuais e, como consequência, das relações comerciais e econômicas.

Entendido o objeto e a importância do tema, cabe destacar, neste momento, a metodologia e as etapas percorridas em pesquisa.

Em primeira análise, selecionou-se as obras doutrinárias pertinentes em busca de interpretá-las por meio da metodologia dogmática, metodologia esta ligada aos métodos interpretativos típicos do ramo jurídico, como a hermenêutica lógico-gramatical, comparativo, histórico, entre outros. A ideia inicial do projeto era formar um apanhado doutrinário completo sobre o assunto, como um manual da função social do contrato, para, em seguida, observar a jurisprudência do STJ, TJDFT, TJSP e TJRS em busca da utilização das teses doutrinária e, por fim, fazer uma análise crítica do princípio.

Entretanto, no primeiro plano de pesquisa, análise doutrinária, tal objetivo encontrou problemas específicos como: a demasiada extensão da pesquisa para um projeto de monografia; a dificuldade em encontrar as obras tidas como clássicas sobre o assunto, recebendo respostas das livrarias como “desculpe-nos pela impossibilidade de atender ao seu pedido, solicitamos o envio deste livro a editora, mas ele já não é mais produzido”. Diante dessa problemática, alterou-se a pretensão inicial, formar um apanhado completo doutrinário sobre o princípio, para elencar apenas uma análise doutrinária entendida como ponto inicial de estudo, avaliar sua aplicação em jurisprudência e fazer uma análise crítica do objeto desta monografia.

No segundo plano da pesquisa, a análise jurisprudencial, encontrou-se também problemas, sendo alterado o objetivo. A princípio, escolheu-se 4 tribunais, STJ, TJDFT, TJSP e TJRS, em busca de acórdãos que tratam da temática. Entretanto, essa seleção foi reduzida somente a 2 tribunais, o STJ e o TJDFT. O problema encontrado nos acórdãos selecionados do TJSP foi de questão qualitativa. Na numerosa amostragem colhida, os acórdãos do egrégio tribunal, em sua grande maioria, não se manifestaram de forma delongada sobre o assunto, limitando-se a identificá-lo como princípio que restringe o *pacta sunt servandae*. Já quanto ao egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul o problema foi de ordem quantitativa, sendo o número de acórdão que tratam do assunto pouco numerosos, apesar da vigência do Código Civil atual já ultrapassar 10 anos.

Já na terceira etapa, análise crítica, elencou-se certas perguntas a serem respondidas sobre o tema, como: qual o significado do princípio; quais os efeitos do descumprimento desse princípio; qual a relevância jurídica do princípio até a presente data; qual o impacto sobre a segurança jurídica.

Como conclusão, podemos adiantar que a aplicação desse princípio é ainda incipiente na doutrina e na jurisprudência, possuindo, ainda, pouco efeito no paradigma jurídico atual. A própria dificuldade em encontrar doutrina e jurisprudência demonstra essa fase inicial no ordenamento jurídico. Entretanto, não se pode confundir essa imaturidade sobre o assunto como fator decisivo na resposta da relevância jurídica, uma vez que o conceito existe como norma cogente, podendo, ainda que no plano hipotético, mudar as relações contratuais e as relações econômicas. Ademais, quanto ao efeito na segurança jurídica, pelo baixo número de debates litigiosos sobre o assunto e pela ampla possibilidade interpretativa que o princípio pode ter, há certa controvérsia se, de fato, a inclusão desse princípio no Código Civil de 2002 causou, ou não, insegurança nas relações contratuais.

2 CONTEXTUALIZAÇÃO E ANÁLISE DOUTRINÁRIA

Esta primeira análise de pesquisa visa, além de delimitar os conceitos doutrinários específicos utilizados na monografia, especificar o momento político social vivido na contemporaneidade da execução desse trabalho. Oportunamente, a escolha de temas a serem debatidos visam a solução, ou pelo menos antecipação de solução, de problemas vividos na sociedade.

2.1. Do contexto histórico-político e das relações econômicas.

O contrato é, dentre os institutos do Direito Civil, o instrumento jurídico em excelência propenso a estimular a cooperação dos indivíduos. Por meio da tutela estatal, é conferida maior confiabilidade na adimplência do pactuado, gerando previsibilidade de recursos disponíveis aos contratantes e estímulo a praticar novamente a cooperação. Conseqüentemente, gera-se produção de riquezas, aumentando o número de empregos, de produtos de qualidade disponíveis no mercado, entre outras tantas vantagens decorrentes de uma forte economia.

Nesse diapasão, a introdução do Princípio da Função Social do Contrato no artigo 421 do Código Civil de 2002 causou um certo alvoroço na comunidade jurídica, considerando sua incompletude significativa. Afinal, qualquer mudança no paradigma da segurança jurídica do contrato é temerária ante a possibilidade dos efeitos catastróficos na economia.

Entretanto, em decorrência da crescente adesão dos juristas a humanização do Direito e a constitucionalização principiológica do Direito Civil, o contrato sofreu tamanha alteração jurídica que há possibilidade de sua finalidade ter sido comprometida. Vale-se mais o propósito de redistribuir a renda a qualquer custo do que o intuito de gerar a cooperação entre os indivíduos. Os termos hipossuficiência, vulnerabilidade e dignidade da pessoa humana ganharam tamanha proporção que se tornaram praticamente dogmas jurídicos. Basta uma parte ou contratante demonstrar sua posição desfavorável perante o outro que se encontra sob o véu da proteção estatal. Frise-se que a distribuição de renda é um importante processo na evolução social brasileira, mas entende-se aqui que o direito contratual não é o meio adequado para alcançar esse objetivo. Como uma sociedade pautada tanto na importância da livre iniciativa tanto quanto na solidariedade social, os meios tendentes ao equilíbrio entre esses valores devem

ser buscados pelo intérprete da lei, não cabendo, no exercício da autonomia da vontade, interferência estatal a fim de distribuir renda.

Nesse cenário, encontramos o Brasil à beira de uma crise econômica que há muito não se via e com perspectiva de piora crescente. Logicamente não se pode atribuir essa tragédia tão somente ao entendimento dos juristas e das jurisprudências. Mas a socialidade tão invocada nos palcos políticos partidários e na sociedade em geral gera efeitos ideológicos em todas as áreas do conhecimento, principalmente no Direito.

Vale ressaltar a importância, sem dúvida alguma, do estabelecimento de políticas públicas tendentes a reduzir a desigualdade social. Mas a aplicação dessas políticas no campo jurídico, de forma a afetar o Direito Privado e, principalmente, o contratual, gera efeitos sem precedentes na economia. Como uma das consequências evidente desse posicionamento, elenca-se o aumento do custo de transação e procedente aumento de preço ao destinatário final, em sua grande maioria o consumidor. O cálculo do preço final do produto leva em conta diversas variáveis, dentre estas o custo provindo da inadimplência, ainda que revestida da tutela jurisdicional. Outra consequência, ainda mais grave, seria a retirada de produtos do mercado, ante a completa inviabilidade causada pela não aplicação do princípio clássico do *pacta sunt servandae*.

Assim, para deixar explícito, apesar da clara posição liberal adotada nesse aspecto em específico, qual seja o Direito Contratual, é importante ressaltar que as políticas públicas sociais tiveram grande importância na mudança do paradigma de uma justiça social distributiva. O aumento da classe média é um notório indício dos efeitos dessa política, sendo uma importante etapa da história brasileira. Entretanto, o Direito Contratual não é o ramo adequado para se efetivar essas políticas, sob pena de causar grande abalo na segurança jurídica, na expectativa do cumprimento do pactuado em contrato, e na consequente diminuição da circulação de riquezas.

Com isto, diante da extrema importância desse tema na vida das pessoas, é necessário perquirir as posições doutrinárias sobre o Princípio da Função Social do Contrato, as demais normas legais correlacionadas ao entendimento desse princípio e os posicionamentos jurisprudenciais em que se funda. A compreensão e argumentação jurídica é fundamental a saúde social e econômica, tratando-se de tema de relevância, não só para os juristas, como para toda sociedade.

2.2. Da função social do contrato como cláusula geral

O Princípio da Função Social do Contrato, prenunciado no artigo 421 do Código Civil de 2002: “Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”¹, parece ser instituto inédito no direito civil, tanto brasileiro, como mundial, como realçado nos comentários de Eduardo Tomasevicius Filho sobre a inovação legislativa: “Parece ser uma criação do direito brasileiro, porque nem os códigos civis europeus nem os códigos civis latino-americanos têm disposição semelhante”².

Entretanto, em primeira investigação, observa-se em textos legais um dispositivo que converge no mesmo sentido de “função social”, como, por exemplo, o artigo 5º do Decreto-Lei no 4.667 de 1942 (Lei de introdução às normas do direito brasileiro): “Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”³.

Referida norma regula o direito brasileiro em caráter geral, não a função social do contrato em específico, devendo, em interpretação literal do dispositivo, o juiz atender ao fim social que a lei pretende dirigir. A colocação de inovação legislativa pode ser entendida desta forma apenas se entender que esse dispositivo é incompatível com o contrato, posto que, apesar de não ser observado o princípio em específico nas legislações alienígenas, o próprio direito brasileiro em 1942 já postulou o que se pode chamar função social da interpretação legal.

Ademais, a despeito da inovação, o doutrinador Rodrigo Xavier Leonardo identifica a grande abstração do instituto: “A função social do contrato prevista no artigo 421 do Código Civil é fruto de uma técnica legislativa específica que, longe de procurar circunscrever minuciosamente as *fattispecies*, opera a partir das chamadas cláusulas gerais”⁴.

¹ BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 11 set. 2015.

² TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social do contrato: conceito e critérios de aplicação. *Revista de informação legislativa*, Brasília, a. 42, n. 168, p.197-213, out./dez. 2005. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/462>>. Acesso em: 16 ago. 2015. p. 202.

³ BRASIL. *Decreto-lei nº 4.667, de 4 de setembro de 1942*. Lei de introdução às normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro, 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 16 abr. 2016

⁴ LEONARDO, Rodrigo Xavier. A função social dos contratos: ponderações após o primeiro biênio de vigência do Código Civil. In: CAZENIN, Claude. *Arte jurídica*. v. 2. Curitiba: Juruá 2005. Disponível em: <<http://losso.com.br/porta/biblioteca/37.pdf>>. Acesso em: 16 ago. 2015.p. 12.

Assim, cabe ressaltar os ensinamentos da professora Judith Martins-Costa acerca da técnica legislativa das cláusulas gerais:

[...] conforma o meio hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico codificado, de princípios valorativos ainda não expressos legislativamente, de standards, arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de conduta não previstos legislativamente (e, por vezes, nos casos concretos, também não advindos da autonomia privada), de direitos e deveres configurados segundo os usos do tráfico jurídico, de diretivas econômicas, sociais e políticas, de normas, enfim, constantes de universos metajurídicos, viabilizando a sua sistematização e permanente ressystematização no ordenamento positivo⁵

Nesta lógica, Rodrigo Xavier Leonardo percebe duas dimensões da abertura normativa do Princípio da Função Social do contrato, qual seja o preenchimento do sentido da cláusula geral e a prescrição dos efeitos jurídicos⁶. Por sentido da cláusula geral, entende-se a significação da norma, o suporte fático que enseja sua conformação ao texto legal. Por prescrição dos efeitos jurídicos, entende-se a consequência jurídica dessa conformação fática.

Serão analisadas nos tópicos subsequente cada uma das dimensões mencionadas pelo autor, extraindo referências doutrinárias das mais diversas posições filosóficas, por mais conflitantes que sejam, como será demonstrado.

2.3. Da análise doutrinária sobre o sentido do princípio

Antes de adentrar ao apanhado doutrinário sobre o sentido da função social do contrato, faz-se oportuno elencar qual a doutrina acolhida como ponto inicial de análise, qual seja o entendimento de Tomasevicius Filho⁷, que optou pela hermenêutica gramatical em seus estudos. Para tanto, começou sua análise observando os diversos entendimentos do termo função social e das perspectivas que a liberdade de contratar pode assumir.

⁵ MARTINS-COSTA, Judith. Apud LEONARDO, Rodrigo Xavier. A função social dos contratos: ponderações após o primeiro biênio de vigência do Código Civil. In: CAZENIN, Claude. Arte jurídica. v. 2. Curitiba: Juruá 2005. Disponível em: <<http://losso.com.br/portal/biblioteca/37.pdf>>. Acesso em: 16 ago. 2015. p. 9.

⁵ LEONARDO, Rodrigo Xavier. A função social dos contratos: ponderações após o primeiro biênio de vigência do Código Civil. In: CAZENIN, Claude. Arte jurídica. v. 2. Curitiba: Juruá 2005. Disponível em: <<http://losso.com.br/portal/biblioteca/37.pdf>>. Acesso em: 16 ago. 2015. p. 13.

⁶ LEONARDO, Rodrigo Xavier. A função social dos contratos: ponderações após o primeiro biênio de vigência do Código Civil. In: CAZENIN, Claude. Arte jurídica. v. 2. Curitiba: Juruá 2005. Disponível em: <<http://losso.com.br/portal/biblioteca/37.pdf>>. Acesso em: 16 ago. 2015. p. 13.

⁷ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social do contrato: conceito e critérios de aplicação. *Revista de informação legislativa*, Brasília, a. 42, n. 168, p.197-213, out./dez. 2005. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/462>>. Acesso em: 16 ago. 2015.

Sobre o aspecto da significação do termo função social, as lições do autor à cerca do conteúdo são bastante elucidativas. Para ele, é possível identificar 3 significados para o termo: **finalidade**⁸, **serviço realizado em benefício de outrem**⁹ e **responsabilidade social**¹⁰.

Descreve-se o primeiro sentido como a função de exercer papel, de desempenhar a serventia a que o instituto fora criado, sem, no entanto, descrever qual finalidade seria esta. Nesse aspecto, “todos os institutos jurídicos têm função social”¹¹. Vale frisar o entendimento do autor:

De acordo com essas perspectivas de liberdade, conclui-se que a função social, no sentido de finalidade social, corresponde à concepção negativa de liberdade de contratar; se o instituto jurídico for usado da forma como foi criado e produzir os efeitos que dele se espera, sem causar dano a outrem, cumpre-se a função social.¹²

O segundo sentido diz respeito a realização de graça, amparo, a terceiros, sendo usada em sentido estrito. Note as lições do ilustre doutrinador:

[...] consiste na exigência de que o exercício de seu direito seja também uma prestação de serviço em benefício da sociedade, ou ainda, consiste na imposição de deveres para quem exerce determinado direito; daí falar-se que a função social é um “poder-dever”. De um lado, o titular do direito subjetivo tem direito – isto é, tem um poder, uma faculdade – em face de uma pessoa, da sociedade ou do próprio Estado. Estes têm a obrigação de sujeitar-se a esse poder, de respeitar esse espaço de liberdade do titular do direito subjetivo. De outro lado, o titular do direito subjetivo também é obrigado a cumprir com determinados deveres de ação e abstenção em face de terceiros. Surge, pois, para o indivíduo, um feixe de deveres que devem ser observados no exercício de determinado direito.¹³

⁸ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social do contrato: conceito e critérios de aplicação. *Revista de informação legislativa*, Brasília, a. 42, n. 168, p.197-213, out./dez. 2005. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/462>>. Acesso em: 16 ago. 2015. p. 200.

⁹ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social do contrato: conceito e critérios de aplicação. *Revista de informação legislativa*, Brasília, a. 42, n. 168, p.197-213, out./dez. 2005. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/462>>. Acesso em: 16 ago. 2015.p. 201.

¹⁰ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social do contrato: conceito e critérios de aplicação. *Revista de informação legislativa*, Brasília, a. 42, n. 168, p.197-213, out./dez. 2005. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/462>>. Acesso em: 16 ago. 2015. p. 202.

¹¹ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social do contrato: conceito e critérios de aplicação. *Revista de informação legislativa*, Brasília, a. 42, n. 168, p.197-213, out./dez. 2005. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/462>>. Acesso em: 16 ago. 2015. p. 200.

¹² TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social do contrato: conceito e critérios de aplicação. *Revista de informação legislativa*, Brasília, a. 42, n. 168, p.197-213, out./dez. 2005. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/462>>. Acesso em: 16 ago. 2015. p. 203-204.

¹³ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social do contrato: conceito e critérios de aplicação. *Revista de informação legislativa*, Brasília, a. 42, n. 168, p.197-213, out./dez. 2005. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/462>>. Acesso em: 16 ago. 2015. p. 201.

Surge, nessa posição, a obrigação de gerar benesses a sociedade, de contribuir a uma causa solidária. Parece adequar-se ao intuito de distribuição de renda, causa histórica e notoriamente incisiva na realidade brasileira.

Já o terceiro sentido, “responsabilidade social”, é definido pelo autor como utilização de maneira **imprópria**¹⁴. Diz respeito exclusivamente a situações alheias a atividade contratual, tratando-se de “[...] deveres não relacionados com a atividade da empresa, tais como auxiliar na preservação da natureza, no financiamento de atividades culturais, ou no combate de problemas sociais, como o trabalho e prostituição infantis”¹⁵.

Note-se, com isso, uma clara dicotomia na interpretação do termo função social aplicada ao contrato, excluindo-se o terceiro sentido, já que impróprio a realidade contratual, podendo ser interpretado como finalidade ou benefício à sociedade. Em seguida, após considerações sobre a liberdade de contratar, será ainda mais evidente a referida dicotomia.

A função social do contrato, como prescrito no texto do Código Civil de 2002, faz clara conexão desse instituto a liberdade de contratar, como se avalia no texto legal: “Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”¹⁶. Destarte, o estudo da liberdade de contratar faz-se primordial ao entendimento do instituto supracitado, uma vez que o Princípio da Função Social do Contrato é claro limitador da liberdade de contratar.

Para o autor, a liberdade de contratar possui 2 visões: “[...] a visão realista, e a visão legalista”¹⁷. A visão realista entende a liberdade de contratar como direito inerente a condição de ser humano. Dessa forma, o direito, segundo esse entendimento, não é fonte de texto legal, é simplesmente reconhecido do mundo dos fatos. Vale frisar as palavras do autor:

A visão realista da liberdade contratual é aquela segundo a qual a liberdade de contratar é inerente ao indivíduo. Nessa visão, o indivíduo é capaz de se autodeterminar, no sentido de estabelecer para si mesmo uma conduta

¹⁴ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social do contrato: conceito e critérios de aplicação. *Revista de informação legislativa*, Brasília, a. 42, n. 168, p.197-213, out./dez. 2005. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/462>>. Acesso em: 16 ago. 2015. p. 202.

¹⁵ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social do contrato: conceito e critérios de aplicação. *Revista de informação legislativa*, Brasília, a. 42, n. 168, p.197-213, out./dez. 2005. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/462>>. Acesso em: 16 ago. 2015. p. 202.

¹⁶ BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 11 set. 2015.

¹⁷ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social do contrato: conceito e critérios de aplicação. *Revista de informação legislativa*, Brasília, a. 42, n. 168, p.197-213, out./dez. 2005. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/462>>. Acesso em: 16 ago. 2015. p. 203.

determinada e cumpri-la. [...]. Nessa perspectiva, o direito pode apenas reconhecer que a vontade humana é fonte de direito objetivo¹⁸.

Resta ao direito apenas tutelá-la, garantindo-a, como no caso do ato jurídico perfeito, ou então, assegurando exequibilidade à promessa feita por meio da vontade livre. Nessa perspectiva, o direito contratual é o direito que tem por objeto a promessa, garantindo coercitivamente o cumprimento do que foi prometido.¹⁹

Por outro lado, contrariamente ao entendimento anterior, a visão legalista entende a liberdade de contratar como decorrência pura e lógica da normatização legal. Somente existe liberdade de contratar pois assim o autorizou o legislador.

Por sua vez, a visão legalista da liberdade de contratar consiste no fato de que essa somente existe porque o direito a confere. Essa se torna uma concessão do Estado para o indivíduo. Fala-se em autonomia privada, no sentido de ser uma espécie de “competência legislativa” conferida aos indivíduos para que celebrem negócios jurídicos, no sentido de ato capaz de criar, modificar e extinguir direitos. Por isso, o Estado pode, em tese, não conferir nenhuma autonomia ao indivíduo. Pode ocorrer de o Estado conceder a liberdade de forma controlada, dando ao indivíduo a opção de escolher uma entre várias normas previamente estabelecidas pelo direito. Por exemplo, poder-se-ia estabelecer que somente são válidos os contratos típicos.²⁰

Dessa forma, conforme a visão legalista, surge a figura da limitação à autonomia privada, concedendo ao Estado poderes de interferência na esfera da liberdade de contratar, proibindo, limitando e até alterando cláusulas contratuais. Essa parece ser a visão da liberdade adotada no Código Civil de 2002, caso contrário, não haveria de se discutir limitações impostas pelo Princípio da Função Social do Contrato.

Partindo, portanto, da visão legalista da liberdade, por mais que possa ser controvertida tal premissa (digna de estudos mais aprofundados em trabalhos futuros), o autor destaca 2 formas de liberdade de contratar, segundo o tipo de interferência estatal: liberdade positiva e liberdade negativa²¹. Será positiva quando o Estado determinar certos encargos ao direito de contratar, devendo o contratante, por uma ação, prestar determinado serviço definido

¹⁸ D’EUFEMIA, Giuseppe. Apud TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social do contrato: conceito e critérios de aplicação. *Revista de informação legislativa*, Brasília, a. 42, n. 168, p.197-213, out./dez. 2005. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/462>>. Acesso em: 16 ago. 2015. p.

¹⁹ TOMASEVICIUS FILHO, op. cit.. p. 203.

²⁰ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social do contrato: conceito e critérios de aplicação. *Revista de informação legislativa*, Brasília, a. 42, n. 168, p.197-213, out./dez. 2005. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/462>>. Acesso em: 16 ago. 2015. p. 203.

²¹ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social do contrato: conceito e critérios de aplicação. *Revista de informação legislativa*, Brasília, a. 42, n. 168, p.197-213, out./dez. 2005. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/462>>. Acesso em: 16 ago. 2015. p. 203.

em lei. Por negativa, será a interferência quando se estabelece proibições, determina omissões obrigatórias, ao direito de contratar.

Neste ponto, será clara a dicotomia de entendimento sobre a função social do contrato. Observe a inteligência do autor ao correlacionar a visão sobre a liberdade de contratar e o sentido que pode ser empregado o termo função social:

De acordo com essas perspectivas de liberdade, conclui-se que a função social, no sentido de finalidade social, corresponde à concepção negativa de liberdade de contratar; se o instituto jurídico for usado da forma como foi criado e produzir os efeitos que dele se espera, sem causar dano a outrem, cumpre-se a função social.

Por sua vez, a função social em sentido estrito corresponde à visão positiva da liberdade de contratar, porque essa impõe a busca de determinados fins. Não basta que o instituto jurídico produza os efeitos que dele se espera, e que não cause dano a outrem. Requer-se, além de tudo isso, a consecução de determinados resultados ou de vantagens concretas para a sociedade.²²

Com efeito, a redação do artigo 421 do Código Civil de 2002 não torna clara a posição adotada quanto ao sentido dessa cláusula geral, como evidenciado pelo respeitável doutrinador:

No direito brasileiro, o art. 421 tem uma redação contraditória, pois estabelece, ao mesmo tempo, tanto a concepção negativa, quanto a concepção positiva de liberdade, já que a liberdade de contratar será exercida nos limites (concepção negativa) e em razão (concepção positiva) da função social do contrato.²³

Assim fica, nesta ocasião, registrada a controvérsia sobre o sentido do Princípio da Função Social do Contrato, no paradigma doutrinário acolhido: trata-se de **concepção negativa** (entendendo a função social do contrato como finalidade e acolhendo a liberdade negativa, chamada pelo autor de função social em sentido amplo e aqui batizado de teoria negativa), de **concepção positiva** (entendendo a função social como serviço realizado em benefício de outrem e acolhendo a liberdade positiva, chamada pelo autor de função social em sentido estrito e aqui batizada de teoria positiva) **ou de ambos?**

Em seguida, para uma complementação doutrinária, serão elencadas outras posições de doutrinadores acerca do assunto, como forma de demonstrar a sua complexidade.

²² TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social do contrato: conceito e critérios de aplicação. *Revista de informação legislativa*, Brasília, a. 42, n. 168, p.197-213, out./dez. 2005. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/462>>. Acesso em: 16 ago. 2015. p. 203-204.

²³ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social do contrato: conceito e critérios de aplicação. *Revista de informação legislativa*, Brasília, a. 42, n. 168, p.197-213, out./dez. 2005. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/462>>. Acesso em: 16 ago. 2015. p. 204.

Para Miguel Reale, a função social do contrato traduz a ideia de socialidade, o “prevalhecimento dos valores coletivos sobre os valores individuais, sem, no entanto, suprimir a idéia de que o ser humano é o valor fonte da hierarquia dos valores”²⁴. Nota-se de pronto a interpretação desse instituto como grande limitador da liberdade de contratar. Entretanto, não se torna clara a posição quanto a concepção adotada, se adotou o significado como finalidade ou benefício em favor de outrem.

A função social, segundo entendimento de Judith Martins-Costa, é entendida como medida de ação afirmativa. Note-se os dizeres da respeitável autora:

O princípio da função social, [...] constitui, em termos gerais, a expressão da socialidade no Direito Privado,²⁵ projetando em seus corpora normativos e nas distintas disciplinas jurídicas a diretriz constitucional da solidariedade social (CF, art. 3.º, III, in fine).²⁶

O artigo *in verbis* da Constituição Federal de 1988 referido pela autora: “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: III - erradicar a pobreza e a marginalização e **reduzir as desigualdades sociais e regionais**”²⁷, demonstra que a função social é entendida como ferramenta de suscitar uma justiça distributiva, forma de retirar os recursos dos mais abastados e distribuí-los aos de condição inferior, demonstrando o sentido de serviço em benefício de outrem da função social.

Na mesma vertente, Paulo Luiz Netto Lôbo entende que o mesmo artigo constitucional citado por Judith Martins-Costa combinado com o art. 170, VII, CF, dirigem o entendimento para a mesma posição da doutrinadora: gerar justiça distributiva. Vale destacar as palavras do autor:

A Constituição apenas admite o contrato que realiza a função social, a ela condicionando os interesses individuais, e que considera a desigualdade material das partes. Com efeito, a ordem econômica tem por finalidade “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (art. 170). À justiça social importa “reduzir as desigualdades sociais e regionais” (art. 3º e inciso VII do art. 170). São, portanto, incompatíveis com a Constituição as políticas econômicas públicas e privadas denominadas

²⁴ REALE, Miguel. apud TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social do contrato: conceito e critérios de aplicação. *Revista de informação legislativa*, Brasília, a. 42, n. 168, p.197-213, out./dez. 2005. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/462>>. Acesso em: 16 ago. 2015. p. 197.

²⁵ REALE, Miguel. apud MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. *Revista Direito GV*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 41-66, maio 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35261>>. Acesso em: 21 ago. 2015.

²⁶ MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. *Revista Direito GV*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 41-66, maio 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35261>>. Acesso em: 21 ago. 2015. p. 41.

²⁷ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2010.

neoliberais, pois pressupõem um Estado mínimo e total liberdade ao mercado, dispensando a regulamentação da ordem econômica, que só faz sentido por perseguir a função social e a tutela jurídica dos mais fracos e por supor a intervenção estatal permanente (legislativa, governamental e judicial).²⁸

Note-se destas posições que o Princípio da Função Social do Contrato é entendido segundo uma interpretação constitucional, ou seja, segundo uma interpretação unitária do ordenamento jurídico.

Não será objeto de debate neste trabalho a constitucionalização do direito civil ou sua publicização, tema bastante controverso no universo jurídico. Mas frisa-se que esta análise é bastante mais complexa do que foi demonstrado, uma vez que a nossa constituição pode ser classificada como analítica, regulando matérias de diversos posicionamentos ideológicos, como se pode observar no caput do artigo 170 da Constituição Federal de 1988: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na **livre iniciativa**, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da **justiça social**, [...]”²⁹. Note-se, apesar de não evidentemente contraditória, é notória a ambiguidade que esse dispositivo constitucional pode trazer devido ao confronto interpretativo entre livre iniciativa e justiça social.

Já em outro posicionamento, Flávio Tartuce, entende que a “[...] função social dos contratos, os negócios jurídicos patrimoniais devem ser analisados de acordo com o meio social. Não pode o contrato trazer onerosidades excessivas, desproporções, injustiça social [...]”.³⁰

O mesmo autor traz a ideia de equidade nas relações contratuais, devendo o instituto reequilibrar as relações. Vale mencionar *ipsis litteris* os dizeres do moderno autor:

Entendemos que a intenção da expressão função social do contrato está intimamente ligada ao ponto de equilíbrio que o negócio celebrado deve atingir e ao que se denomina princípio da equidade contratual. Dessa forma, um contrato que traz onerosidade a uma das partes – tida como hipossuficiente e/ou vulnerável –, não está cumprindo o seu papel sociológico, necessitando de revisão pelo órgão judicante³¹

²⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 36, n. 141, p. 107, jan./mar. 1999.

²⁹ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2010.

³⁰ TARTURCE, Flávio. A função social dos contratos, a boa-fé objetiva e as recentes súmulas do Superior Tribunal de Justiça. *Revista científica da Escola Paulista de Direito*. São Paulo, a. 11, n. 1049, maio 2005. Disponível em: <<http://www.affiguiredo.com.br/artigos/funcao-social-contratos.pdf>>. Acesso em: 16 ago. 2015. p. 1.

³¹ TARTUCE, Flávio. A revisão do contrato no Código de Defesa do Consumidor e a suposta adoção da Teoria da Imprevisão. Visão frente ao princípio da função social do contrato. *Curso de extensão em Direito Civil*

Observa-se com esse posicionamento que a função social do contrato é entendida como instituto análogo à lesão e ao princípio *rebus sic stantibus*. Com a devida vênia ao autor, entende-se neste trabalho que o princípio não possui somente essa camada de interpretação. Há, inclusive, autores que possuem um posicionamento diametralmente oposto ao prelecionado, como o de Humberto Theodoro Junior:

[...] Função quer dizer papel que alguém ou algo deve desempenhar em determinadas circunstâncias. Falar em função, portanto, corresponde a definir um objetivo a se alcançado. [...] Dessa maneira, afirmar que o contrato tem a função de promover igualdade dos contratantes equivale a dizer que esse tipo de negócio tem como objetivo fazer com que as partes “sejam iguais”. Ora, o contrato jamais terá semelhante objetivo porque não se trata de instrumento de assistência ou de amparo a hipossuficientes ou desvalidos. O único e essencial objetivo do contrato é o de promover a circulação de riquezas, de modo que pressupõe sempre partes diferentes com interesses diversos e opostos. [...] ³²

Com isso, para Humberto Theodoro Junior, a função social do contrato não deve ser entendida como princípio tendente a reduzir desigualdades, tão somente como princípio que proíbe um contrato de prejudicar injustamente terceiros alheios a relação contratual³³. Indica o autor que a violação ao princípio da função social do contrato, intimamente ligado ao princípio da boa-fé, deve ter como parâmetro o sujeito injustiçado: se o injustiçado for uma das partes contratuais, ferir-se-á o princípio da boa-fé, e se o injustiçado for um terceiro alheio a relação contratual, ferir-se-á o princípio da função social do contrato.³⁴

Note-se que o autor optou por uma análise focado no sujeito, observando aquele que foi injustiçado, mas não definiu de forma conceitual o que seria essa injustiça, ou seja, não definiu o objeto do princípio. Assim, para uma avaliação inicial do sentido, parece ser primordial definir, antes de mais nada, tratar-se de finalidade ou de benefício em favor da sociedade, já que essa análise pode definir o conceito de injustiça de Humberto Theodoro Junior.

Constitucional da PUC/MG. jul./dez. 2004. Disponível em:

<http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/Tartuce_revis%C3%A3o.doc> Acesso em: 29 out. 2007. p. 1.

³² THEODORO JUNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 46.

³³ THEODORO JUNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 49.

³⁴ THEODORO JUNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 48-49.

Outro posicionamento doutrinário pesquisado foi o de Luciano Benetti Timm. Segundo o autor, existem duas possibilidades interpretativas para o princípio: um paradigma paternalista/distributivo e um paradigma de direito e economia, estabelecendo como dominante no Brasil o paradigma paternalista:

Parte significativa dos autores entende a função social como a expressão, no âmbito contratual, dos ditames da “justiça social”, próprios do Welfare State constitucional. Trata-se do fenômeno referido como “publicização”, “socialização” ou mesmo a “constitucionalização” do Direito Privado, em razão do qual institutos tradicionalmente pertencentes ao Direito Civil – como o contrato e a propriedade – passam a ser orientados por critérios distributivistas inerentes ao Direito Público. O princípio da função social é visto, nesse quase-consenso, como uma limitação ao princípio da liberdade de contratar (...). Nesse sentido, a função social do direito contratual garantiria a predominância dos interesses coletivos (ou sociais) sobre os interesses individuais, no âmbito do contrato.³⁵

Note-se que, ao tratar do paradigma paternalista, o autor o ligou a uma interpretação conforme a constituição. Entretanto, já feitas as ressalvas sobre a complexidade da interpretação constitucional no direito civil, deve-se alertar que estudos mais aprofundados sobre o tema devem ser efetuados.

Ademais, dispõe o autor que o paradigma paternalista é instrumento que visa distribuir renda, equilibrar a relação em favor do mais fraco, conforme se aduz:

Nesse modelo paternalista, portanto, a função social do contrato significaria promover a solidariedade, i.e., corrigir o desequilíbrio de poder no espaço do contrato e distribuir o resultado econômico do relacionamento entre as partes, que não lograra êxito através da livre barganha, processo em que a parte mais fraca sucumbe diante do mais forte (‘justiça social’)³⁶

Em contraposição, quanto ao paradigma de direito e economia, o autor entende que o contrato e sua função deve ser instrumento que visa promover a confluência de interesses antagônicos, conforme se observa:

[...] o paradigma de Direito e Economia defende uma noção antagônica, na comparação com a visão paternalista, do que o contrato é e do que que o direito contratual (e sua função) deve ser, vez que parte do individualismo.

[...]

Em uma perspectiva de direito e economia, o contrato, de fato (ou como um fato), não é um elo solidário entre pessoas vivendo em sociedade, mas sim

³⁵ TIMM, Luciano Benetti. Ainda sobre a Função Social do Direito Contratual no Código Civil brasileiro: justiça distributiva versus eficiência econômica. *Revista da AMDE*. Belo Horizonte, v. 2, 2009. Disponível em: <<http://www.revista.amde.org.br/index.php/ramde/article/view/26/24>>. Acesso em 02 set. 2016. p. 13-14.

³⁶ TIMM, Luciano Benetti. Ainda sobre a Função Social do Direito Contratual no Código Civil brasileiro: justiça distributiva versus eficiência econômica. *Revista da AMDE*. Belo Horizonte, v. 2, 2009. Disponível em: <<http://www.revista.amde.org.br/index.php/ramde/article/view/26/24>>. Acesso em 02 set. 2016. p. 16-17.

uma transação de mercado da qual cada parte se comporta de acordo com os seus interesses, como se estivessem em um jogo armando as suas estratégias (individualismo). Dessa forma, como evidenciado pela teoria dos jogos, uma parte somente irá cooperar com a outra na medida em que puder desfrutar de algum benefício proporcionado pelo jogo (a menos que o direito contratual ou a moral ditem as regras e estabeleça o contrário)³⁷

Observa-se, assim, uma nova dicotomia no entendimento do princípio, qual seja, um paradigma paternalista e um paradigma econômico. Esta dicotomia leva em consideração aspectos políticos e ideológicos do intérprete, qual seja uma ideologia socialista e uma ideologia liberal. Não obstante a grande importância desse debate, optou-se para início de análise uma via interpretativa literal do princípio, qual seja, a adoção da teoria positiva ou negativa, uma vez que se entende que essa avaliação ideológica ocorre em momento posterior a análise gramatical.

Diante dessas considerações, ficou demonstrada a grande complexidade do tema, não possibilitando uma solução unívoca do problema. Entretanto, apenas como forma de se estabelecer uma primeira análise, utilizar-se-á como paradigma doutrinário a posição de Tomasevicius Filho, uma vez que parece ser o ponto inicial da discussão.

2.4. Dos efeitos jurídicos em abstrato

Pelos efeitos do Princípio da Função Social do Contrato entende-se analisar quais as consequências jurídicas do descumprimento do princípio. Para tanto faz-se necessário dividir os efeitos em duas categorias: a) subjetivos, segundo os sujeitos que experimentam as consequências do Princípio da Função Social do Contrato; b) objetivos, segundo o tipo de consequência que sofrerá o contrato.

Os efeitos subjetivos são destacados brevemente por Flávio Tartuce, entendendo que a aplicação do princípio da função social dos contratos possui efeito *intra partes* e *extra partes*.³⁸ Por *intra partes* entende, como exemplo:

[...] art. 413 do novo Código Civil, exemplo típico de relativização da força obrigatória do contrato (*pacta sunt servanda*), justamente uma das

³⁷ TIMM, Luciano Benetti. Ainda sobre a Função Social do Direito Contratual no Código Civil brasileiro: justiça distributiva versus eficiência econômica. *Revista da AMDE*. Belo Horizonte, v. 2, 2009. Disponível em: <<http://www.revista.amde.org.br/index.php/ramde/article/view/26/24>>. Acesso em 02 set. 2016. p. 21.

³⁸ TARTURCE, Flávio. A função social dos contratos, a boa-fé objetiva e as recentes súmulas do Superior Tribunal de Justiça. *Revista científica da Escola Paulista de Direito*. São Paulo, a. 11, n. 1049, maio 2005. Disponível em: <<http://www.affiguiredo.com.br/artigos/funcao-social-contratos.pdf>>. Acesso em: 16 ago. 2015. p. 2.

consequências da função social dos negócios jurídicos. Por esse dispositivo, o juiz deve reduzir o valor da cláusula penal se a obrigação tiver sido cumprida em parte ou se entender que a multa é excessivamente onerosa.³⁹

Por *extra partes* entende, como exemplo:

[...] caso em que o contrato, pelo menos aparentemente, é bom para as partes, mas ruim para a sociedade. Podemos citar um contrato celebrado entre uma empresa e uma agência de publicidade. O contrato é civil e paritário, não trazendo qualquer desequilíbrio ou quebra do *sinagma*. Entretanto, a publicidade veiculada é discriminatória (publicidade abusiva – art. 37, § 2º do CDC), estando nesse ponto presente o vício.⁴⁰

Assim, por *intra partes* entende-se os efeitos da função social do contrato que geram consequências somente para as partes contratantes, como as violações de finalidade do contrato, se adotada a concepção negativa, sendo este usada para motivos diferentes do que se espera, como uma simulação de compra e venda.

Por *extra partes* entende-se os efeitos do princípio que geram consequências para terceiros alheios a relação contratual, citando como exemplo a concepção positiva, que estabelece um dever do contratante de prestar um benefício em favor de terceiro.

Os efeitos objetivos são muito bem retratados por Rodrigo Leonardo Xavier, elencando como três possíveis efeitos do instituto da função social: a revisão contratual⁴¹, o dever de indenizar⁴² e a nulidade das cláusulas contratuais⁴³.

Pela revisão contratual, adotou-se o posicionamento dos professores Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

Pela cláusula geral da função social do contrato o Juiz pode revisar e modificar cláusula contratual que implique desequilíbrio entre as partes. Essa atividade integrativa do juiz (*Richterrecht*) assume o caráter de direito positivo vinculante [...] A decisão do juiz torna-se norma jurídica, isto é, norma entre

³⁹TARTURCE, Flávio. A função social dos contratos, a boa-fé objetiva e as recentes súmulas do Superior Tribunal de Justiça. *Revista científica da Escola Paulista de Direito*. São Paulo, a. 11, n. 1049, maio 2005. Disponível em: <<http://www.affiguiaredo.com.br/artigos/funcao-social-contratos.pdf>>. Acesso em: 16 ago. 2015.

⁴⁰ ⁴⁰TARTURCE, Flávio. A função social dos contratos, a boa-fé objetiva e as recentes súmulas do Superior Tribunal de Justiça. *Revista científica da Escola Paulista de Direito*. São Paulo, a. 11, n. 1049, maio 2005. Disponível em: <<http://www.affiguiaredo.com.br/artigos/funcao-social-contratos.pdf>>. Acesso em: 16 ago. 2015. p. 2.

⁴¹ LEONARDO, Rodrigo Xavier. A função social dos contratos: ponderações após o primeiro biênio de vigência do Código Civil. In: CAZENIN, Claude. *Arte jurídica*. v. 2. Curitiba: Juruá 2005. Disponível em: <<http://losso.com.br/portal/biblioteca/37.pdf>>. Acesso em: 16 ago. 2015. p. 14.

⁴² LEONARDO, Rodrigo Xavier. A função social dos contratos: ponderações após o primeiro biênio de vigência do Código Civil. In: CAZENIN, Claude. *Arte jurídica*. v. 2. Curitiba: Juruá 2005. Disponível em: <<http://losso.com.br/portal/biblioteca/37.pdf>>. Acesso em: 16 ago. 2015 p. 14.

⁴³ LEONARDO, Rodrigo Xavier. A função social dos contratos: ponderações após o primeiro biênio de vigência do Código Civil. In: CAZENIN, Claude. *Arte jurídica*. v. 2. Curitiba: Juruá 2005. Disponível em: <<http://losso.com.br/portal/biblioteca/37.pdf>>. Acesso em: 16 ago. 2015 p. 15.

as partes, por que o magistrado, com a concretização da cláusula geral de função social do contrato, passa a integrar o negócio jurídico [...] A essa sentença integrativa do juiz dá-se o nome de sentença determinativa ⁴⁴

Com relação ao dever de indenizar, considerou-se a violação da função social do contrato como ato ilícito⁴⁵, que por subsunção é aplicado o art. 927 do Código Civil de 2002: “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”⁴⁶.

Quanto a nulidade, a aplicação seria decorrente do dispositivo do artigo 166, VII, do Código Civil: “Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção”⁴⁷. Assim, por não haver sanção pelo descumprimento da função social do contrato, poderia ser aplicado a nulidade.

A aplicação da nulidade como efeito jurídico da função social do contrato seria a única hipótese de subsunção em decorrência dos preceitos legais. O dever de indenizar deve ser avaliado com cuidado, uma vez que se presume a culpa de um dos contratantes. E questão ainda mais polêmica diz respeito a revisão contratual. Assume-se que ao juiz constitui-se poder de fazer a proposta contratual de uma parte e aceitá-la por outra, obrigando as partes e estando elas sujeitas a coerção estatal.

Com isso, a polêmica envolvendo os efeitos decorrentes da função social do contrato se mostram, de fato, uma problemática a ser considerada, devendo-se esclarecer melhor as reais possibilidades de consequências em decorrência de violação do princípio e a quem pode ser atribuído tal efeito.

⁴⁴ NERY, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. Apud LEONARDO, Rodrigo Xavier. A função social dos contratos: ponderações após o primeiro biênio de vigência do Código Civil. In: CAZENIN, Claude. *Arte jurídica*. v. 2. Curitiba: Juruá 2005. Disponível em: <<http://losso.com.br/portal/biblioteca/37.pdf>>. Acesso em: 16 ago. 2015. p. 14.

⁴⁵ LEONARDO, Rodrigo Xavier. A função social dos contratos: ponderações após o primeiro biênio de vigência do Código Civil. In: CAZENIN, Claude. *Arte jurídica*. v. 2. Curitiba: Juruá 2005. Disponível em: <<http://losso.com.br/portal/biblioteca/37.pdf>>. Acesso em: 16 ago. 2015. p. 15.

⁴⁶ BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 11 set. 2015.

⁴⁷ BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 11 set. 2015.

3 ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

Esta segunda etapa da pesquisa visa, com base na doutrina escolhida como ponto inicial, a de Tomasevicius Filho, analisar os acórdãos selecionados por quesito qualitativo, que buscaram explicitar o entendimento do significado e refletiram com maior clareza seu posicionamento, não adotando como critério a questão quantitativa, aqueles que mais se repetem em jurisprudência. O motivo para essa opção é a ausência de conteúdo que possibilite um estudo aprofundado sobre o princípio em decisões repetidas, uma vez que esses acórdãos se limitaram a identificá-lo como princípio que restringe o *pacta sunt servandae*.

Assim, apesar da crítica oponível quanto a relevância decisória, ou seja, quanto “[...] ao impacto (ou provável impacto) da discussão no campo jurídico”⁴⁸, já que os acórdãos selecionados não demonstram ser paradigmáticos (considerando a aderência de magistrados ao posicionamento), ao menos até o presente momento, entende-se justificável o recorte pois o critério quantitativo, que em primeira análise poderia levar a conclusão de alta relevância decisória, se mostra insuficiente de conteúdo para um estudo digno de pesquisa. Nesse caso, se justifica a seleção de um acórdão com menor visibilidade (que não é aplicado como precedente no tribunal), já que apenas estes enfrentam o desafio de preencher o sentido da cláusula geral. Observe o entendimento de Roberto Freitas Filho e Thalita Moraes Lima sobre decisões com menor visibilidade:

Isso não quer dizer que não seja possível fazer uma investigação, por meio da Metodologia de Análise de Decisões, de um decisor aparentemente de “menor importância” ou com menor visibilidade. Pode-se, por exemplo, investigar um aspecto específico das decisões de um juizado especial cível qualquer tendo como objeto de análise a interpretação do decisor sobre um conceito jurídico. Uma pesquisa assim possui valor heurístico, desde que dentro do campo de expectativas do tipo de trabalho que está sendo realizado. Evidentemente, seria muito difícil justificar um recorte tão limitado assim se estivéssemos lidando com a realização de um trabalho de doutorado, mas para uma monografia de término de curso de graduação nada impede que o aluno faça um exercício metodológico dessa natureza. Tudo vai depender, entretanto, da justificativa dada ao recorte institucional já que, por exemplo, um pesquisador pode ter interesse em analisar o comportamento de um juiz específico que esteja aplicando uma solução jurídica criativa e inovadora a um problema antigo. Saber como ele o faz pode ser de interesse da comunidade acadêmica

⁴⁸ FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. Metodologia de Análise de Decisões. *Univ. JUS*, Brasília, n. 21, p. 1-17, jul./dez. 2010. p. 11.

e, portanto, nesse caso, o trabalho encontra justificção, mesmo com tal recorte.⁴⁹

Feitas estas considerações iniciais sobre a seleçõ da jurisprudência, procede-se a pesquisa jurisprudencial.

3.1. Da jurisprudência como norma individual

A jurisprudência é, segundo Kelsen, a criaçõ de uma norma individual, que diante de um fato concreto, estabelece com a norma geral e abstrata um caráter de hierarquia, buscando sua validade nesta⁵⁰. Ou seja, a atividade judicial é açõ criadora de normas, ainda que aplicável exclusivamente no caso em concreto, possuindo força cogente e formando com a norma em abstrato um vínculo de hierarquia e de compatibilidade de significação. Vale acentuar as palavras do autor:

A norma geral, que liga a um determinado fato abstratamente determinado uma consequência igualmente abstrata, precisa, para poder ser aplicada, de individualização. É preciso estabelecer se *in concreto* existe um fato que a norma geral determina in abstracto; e é necessário pôr um ato concreto de coerção – isto é ordená-lo e depois executá-lo – para este caso concreto, ato de coerção que é igualmente determinado in abstracto pela norma geral. Portanto, a aplicação de uma norma geral a um caso concreto consiste na produção de uma norma individual, na individualização (ou concretização) da norma geral.⁵¹

Assim, o estudo dos entendimentos jurisprudências dos tribunais (criaçõ de uma norma individual para o caso em concreto) se mostra importante para a interpretação do princípio da função social do contrato em abstrato, uma vez estabelecendo com ele essa relação hierárquica e, por consequência, compatibilidade substancial e procedimental entre si.

Na estrutura orgânica do poder judiciário brasileiro, podemos identificar as diversas competências constitucionais definidas a cada órgão do Poder Judiciário. Vale lembrar que a jurisdição é una, estabelecido ao Poder Judiciário, sendo a repartição de competências meras

⁴⁹ FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. Metodologia de Análise de Decisões. *Univ. JUS*, Brasília, n. 21, p. 1-17, jul./dez. 2010. p. 11.

⁵⁰ BUSTAMANTE, Thomas M. R. A criação do direito pela jurisprudência: notas sobre a aplicação do direito e a epistemologia na teoria pura do direito. *Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia*, Uberlândia, v. 38 - n.2, p. 685-706, 2010. p. 689-690.

⁵¹ KELSEN, H.; BULYGIN, E.; WALTER, T. Validez y eficacia del Derecho, Buenos Aires: Astrea. 2005; p. 79. In: BUSTAMANTE, Thomas M. R. A criação do direito pela jurisprudência: notas sobre a aplicação do direito e a epistemologia na teoria pura do direito. *Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia*, Uberlândia, v. 38 - n.2, p. 685-706, 2010. p. 689.

quantidades de jurisdição atribuídas a cada órgão do judiciário, estabelecendo, por isso, os limites em que cada órgão poderá jurisdicionar.

Não cabe nessa ocasião delongar sobre a estrutura do Poder Judiciário e as diversas discussões decorrentes da divisão de competência. Nesse ponto vale apenas informar quais os tribunais escolhidos para a pesquisa jurisprudencial e as suas devidas funções.

Utilizar-se-á nesta pesquisa o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT).

A escolha pelo STJ tem caráter simples e pragmático, uma vez que o tema em discussão possui lastro na lei federal, qual seja a Lei 10.406/2002, Código Civil, e cabe ao tribunal superior elencado a uniformização da interpretação de lei federal, conforme artigo 105, III, Constituição Federal de 1988.

Já quanto a escolha pelo TJDFT, deve-se a opção pelo número de acórdãos com maior profundidade sobre o tema. Em fase de pré-pesquisa elencou-se 3 tribunais de segunda instância a serem pesquisados: o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) e o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT). Entretanto o que se observou é que, quanto ao TJSP, apesar da demasiada quantidade de menções ao princípio da função social do contrato, a análise do seu significado e os efeitos decorrentes se mostraram de forma superficial, dificultando uma análise criteriosa e científica sobre o tema. Quanto ao TJRS, encontrou-se dificuldade em termos quantitativos, sendo a pesquisa por argumento insuficiente para a seleção de casos de relevância.

Assim, com o intuito de, através do entendimento das normas em concreto, determinar um entendimento em abstrato do princípio da função social do contrato segundo o entendimento Tomasevicius Filho, procede-se à análise das jurisprudências selecionadas.

3.2. Do entendimento jurisprudencial do STJ

De início, analisaremos o Recurso Especial nº 1.548.246 – RJ, ministro relator Marco Aurélio Bellizze. Trata-se de recurso em que se discute a validade da cláusula de um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) que permite a empresa de turismo estipular o valor de 10% de retenção dos valores eventualmente pagos em caso de rescisão unilateral do contrato pelos consumidores. Nessa baliza, o ministro relator assim pronunciou em seu voto, à cerca da função social do contrato:

(...) a estipulação de um percentual razoável de retenção para cobertura de despesas administrativas naturalmente decorrentes da contratação, bem como da legítima expectativa das partes quanto ao cumprimento do acordado desempenha um **relevante papel na estabilidade das relações jurídicas e, portanto, na função social dos contratos**. Isso porque o ônus decorrente da extinção anômala do contrato induz a uma maior reflexão e consciência por parte dos contratantes que se obrigam em determinada posição contratual, lembrando-os da importância de cumprir suas obrigações contratuais.⁵²

Observa-se que o douto magistrado se utilizou do termo relevante papel, demonstrando que seu entendimento se adequa a função social do contrato como finalidade, teoria negativa proposta por Tomasevicius Filho.

Entendeu, assim, que a função social do contrato é instituto idôneo a promover a confiança entre às partes, instrumento eficaz a garantir o cumprimento dos efeitos que se espera da contratação. A rescisão unilateral, exposta como extinção anômala, é quebra da confiança entre os contratantes. Deve-se, pelo princípio da função social, ser coibida, assim como garantir àquele que sofreu prejuízo um possível ressarcimento. No caso em concreto, a retenção de 10% dos valores eventualmente pagos pelo consumidor pode assumir tanto a função de coibir quanto de ressarcir, corroborando a tese adotada.

Nesse diapasão, o STJ entendeu pelo provimento ao pedido do recorrente restabelecendo a validade do TAC, declarando válida a estipulação da retenção.

Outro julgado de extrema relevância, e de grande brilhantismo, é o Recurso Especial 1.163.283 – RS, ministro relator Luis Felipe Salomão. Trata-se de recurso em ação de revisão de prestações do saldo devedor e repetição de indébito, em virtude de possíveis cláusulas abusivas em contrato bancário, na qual o recorrente almeja manter o contrato sem a revisão.

Em seu bojo, mais especificamente dentro do voto do relator, é declamada doutrina da Análise Econômica do Direito, também chamada Escola de Chicago. Brevemente, abre-se um parêntese para uma concisa lição sobre a supracitada teoria.

Quanto aos autores precursores nesse tema, cabe citar nomes como Ronald Coase, Gary Becker, Guido Calabresi, e Richard Posner, sendo apenas o último de formação eminentemente jurídica⁵³. A teoria possui extensa análise em diversos ramos do Direito, mas

⁵² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Ementa: [...]. RESP Nº 1.548.246 – RJ. 3ª Turma. Recorrente: Royal Holiday Brasil Negócios Turísticos LTDA. Recorrido: Ministério Público do Rio de Janeiro. Relator: Min. Marco Aurélio Bellize. Brasília, 07 de março de 2015. Disponível em: <www.stj.jus.br> acesso em: 16 de abril de 2016.

⁵³ LAUDA, Bruno Bolson. A Análise Econômica do Direito: uma dimensão da crematística no Direito. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria, v. 4, n. 1, 2009. p. 5. Disponível em: <http://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/7026/4244#.Vzey8o-cG3A>

por limitação conceitual, concentrar-se-á apenas na análise econômica do contrato. Segundo Posner, em tradução livre de Bruno Lauda:

O objetivo de um sistema, metodologia, ou doutrina de interpretação contractual é o de **minimizar os custos de transação**, compreendidos, em sentido amplo, como obstáculos a esforços voluntários de mover recursos para um uso mais valioso. Esses custos podem ser muito grandes quando, induzindo-se as partes a não contratar, eles evitam que os recursos sejam alocados de maneira eficiente. Em razão de os métodos de redução de custos de transação contratuais, como a litigância, são em si mesmos custosos, cuidadosos custos de oportunidade se fazem necessários.⁵⁴

Assim, em conjunto com as lições de Posner, Lauda aduz que rompimentos e reinterpretções contratuais, como os decorridos de decisões judiciais, geram consequências nebulosas, afetando não somente as partes em litígio (efeito inter partes), mas toda a coletividade. Interpreta o autor que uma quebra contratual, ainda que proveniente do ente estatal, quebra igualmente a confiança dos agentes econômicos, sendo uma das possíveis consequências o aumento do custo de transação⁵⁵.

Retornando a análise do caso judicial, o relator, ao proferir seu voto, mostrou alinhamento a doutrina econômica, ao relatar que a análise econômica do direito “tem como pressuposto o aumento do grau de previsibilidade e eficiência das relações intersubjetivas, próprias do Direito, a partir da utilização de postulados econômicos para aplicação e interpretação de princípios e paradigmas jurídicos”⁵⁶.

É nessa perspectiva que o relator explicita sua compreensão acerca da função social do contrato:

A análise econômica da função social do contrato, realizada a partir da doutrina da análise econômica do direito, permite reconhecer o papel institucional e social que o direito contratual pode oferecer ao mercado, qual seja a segurança e previsibilidade nas operações econômicas e sociais capazes de proteger as expectativas dos agentes econômicos, por meio de instituições mais sólidas, que reforcem, ao contrário de minar, a estrutura do mercado.⁵⁷

⁵⁴ POSNER, Richard. In: LAUDA, Bruno Bolson. A Análise Econômica do Direito: uma dimensão da crematística no Direito. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa Maria, v. 4, n. 1, 2009. p. 6. Disponível em: <<http://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/7026/4244#.Vzey8o-cG3A>>

⁵⁵ LAUDA, Bruno Bolson. A Análise Econômica do Direito: uma dimensão da crematística no Direito. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa Maria, v. 4, n. 1, 2009. p. 8-9. Disponível em: <<http://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/7026/4244#.Vzey8o-cG3A>>

⁵⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Ementa: [...]. RESP Nº 1163.283 – RS. 4ª Turma. Brasília, 07 de abril de 2015. Disponível em: <www.stj.jus.br> acesso em: 16 de abril de 2016.

⁵⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Ementa: [...]. RESP Nº 1163.283 – RS. 4ª Turma. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 07 de abril de 2015. Disponível em: <www.stj.jus.br> acesso em: 16 de abril de 2016.

Para o relator, a função social do contrato é instrumento que visa a proteção do mercado, ou seja, proteção do funcionamento econômico de toda sociedade. Reforça que o papel da instituição é proteger as expectativas contratuais, em consonância ao princípio do *pacta sunt servandae*. Nota-se, com isso, que a posição adotada pelo magistrado é pelo entendimento da função social como benefício à sociedade (entendida nesse caso como benefício ao mercado), ou seja, aceita-se a concepção positiva de função social do contrato, em oposição ao julgado antecedente.

Entretanto, tal tese reflete grande complexidade em análise, uma vez que o próprio relator expõe uma segunda tese em consonância com a teoria positiva:

Por outro lado, analisando a função social do contrato, prevista no art. 421 do Código Civil de 2002, **normalmente estudada a partir da ideia de justiça social e de justiça distributiva** inerentes ao Estado Social, Luciano Benetti Timm apresentou estudo sob a ótica da escola de análise econômica do direito acima referida. (...) O autor aduz que a análise econômica da "função social do contrato" permite reconhecer o papel institucional e social que o direito contratual pode oferecer ao mercado, qual seja a segurança e previsibilidade nas operações econômicas e sociais, capazes de proteger as expectativas dos agentes econômicos.⁵⁸

A justiça distributiva pode ser entendida aqui como benefício à sociedade da mesma forma como a proteção ao mercado. Permite destacar, nesse ponto do trabalho, que a aceção de uma dicotomia da teoria quanto ao significado gramatical do princípio, proposta por Tomasevicius Filho, não leva necessariamente a uma dicotomia ideológica, identificada por Luciano Benetti Timm, ou seja, ainda que se utilize como argumento a teoria positiva, não decorre necessariamente uma ideologia socialista ou liberal, mas tão somente uma linha lógica de aplicação da norma jurídica.

Mostra-se oportuno fazer a ressalva de que, ainda que se estabeleça um sentido unívoco ao sentido da norma, as conclusões que o julgador pode trazer ao caso em concreto podem ser evidentemente opostas do ponto de vista político-social.

Isto posto, decidiu o Superior Tribunal de Justiça pela procedência do recurso especial, mantendo o contrato sem revisão do saldo devedor, pela conclusão de não haver cláusula abusiva, face ao princípio da função social do contrato.

⁵⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Ementa: [...]. RESP Nº 1163.283 – RS. 4ª Turma. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 07 de abril de 2015. Disponível em: <www.stj.jus.br> acesso em: 16 de abril de 2016.

Prosseguindo à análise de julgados do Superior Tribunal de Justiça, examinar-se-á o Recurso Especial 1.449.513 – SP, relatado pelo ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 05 de março de 2015, no qual a abordagem do tema função social do contrato encontra-se no voto-vista do ministro João Otávio de Noronha. Trata-se de recurso em que o recorrente é segurado segundo contrato de seguro de vida em grupo, com cobertura adicional para a invalidez permanente total por doença funcional (IFPD).

A controvérsia surge da compreensão da cobertura adicional para invalidez permanente total por doença funcional constante na IFPD em confronto com o adicional para invalidez permanente total por doença laborativa (ILPD). Acerca da IFPD, estabelece o relator que:

(...) na Invalidez Funcional Permanente Total por Doença (IFPD) - caso dos autos -, a garantia do pagamento da indenização é no caso de invalidez consequente de **doença que cause a perda da existência independente do segurado**, ocorrida quando o quadro clínico incapacitante inviabilizar de forma irreversível o pleno exercício das relações autonômicas do segurado, comprovado na forma definida nas condições gerais e/ou especiais do seguro.⁵⁹

Já, quanto a ILPD, assim o reconhece:

Na Invalidez Laborativa Permanente Total por Doença (ILPD), há a garantia do pagamento de indenização em caso de **invalidez laborativa permanente total**, consequente de doença para a qual não se pode esperar recuperação ou reabilitação com os recursos terapêuticos disponíveis no momento de sua constatação, para a atividade laborativa principal do segurado (aquela através da qual o segurado obteve maior renda, dentro de determinado exercício anual definido nas condições contratuais).⁶⁰

Desta feita, há de se reconhecer que os dois contratos de seguro possuem cláusulas de cobertura substancialmente diferentes. Enquanto a IFPD cobre doenças em que há perda da existência independente, ou seja, para exercer as atividades livres do cotidiano, a ILPD possui cobertura para doenças em que há invalidez para exercer a atividade laborativa principal do segurado, isto é, para exercer as atividades de trabalho que o segurado exercia, sendo, portanto, a IFPD mais restritiva que a ILPD.

Nesse aspecto, logrou êxito o recorrente provar somente a invalidez para atividades laborais, não comprovando a invalidez funcional, como extraído do processo:

⁵⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Ementa: [...]. RESP Nº 1.449.513 – SP. 3ª Turma. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cuevas. Brasília, 05 de março de 2015. Disponível em: <www.stj.jus.br> acesso em: 16 de abril de 2016.

⁶⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Ementa: [...]. RESP Nº 1.449.513 – SP. 3ª Turma. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cuevas. Brasília, 05 de março de 2015. Disponível em: <www.stj.jus.br> acesso em: 16 de abril de 2016.

Extrai-se do acórdão recorrido que o recorrente "*é portador de alterações degenerativas da coluna lombar com formação de hérnia de disco lombar protusa de base L4-VT, tratado cirurgicamente com artrodese. Prossegue [o laudo médico pericial] afirmando que 'o quadro clínico determina incapacidade total e permanente para atividades que requeiram sobrecarga da coluna lombar, inclusive a que desempenhava anteriormente. Em tese, do ponto de vista médico, há possibilidade do autor desempenhar atividades consideradas leves. As atividades autonômicas da vida diária estão preservadas'*"⁶¹

É de se vislumbrar, portanto, que o recorrente, segundo entendimento contratual expresso, não cumpriu a condição de cobertura, restando para este apenas a alternativa de revisão de cláusula contratual, o qual o fez, entre outros, pelo princípio da função social do contrato, esse, avaliado no voto-vista do ministro João Otávio de Noronha.

Por fim, examino a invocação do princípio da função social do contrato para que, na sua interpretação, se considere configurada a invalidez à luz das circunstâncias peculiares do segurado, que sempre exerceu a profissão de mecânico automotivo e para a qual se encontra incapacitado; que possui baixa qualificação e escolaridade; além de já contar com 51 anos de idade. Tais circunstâncias revelam, se não a impossibilidade, a imensa dificuldade de conseguir novo trabalho.

Grosso modo, o propósito do seguro de vida é garantir ao segurado, em caso de infortúnio, meios de subsistência que não possa mais obter ordinariamente.

Por sua vez, pela dicção do art. 757 do Código Civil, **o contrato de seguro visa garantir interesse legítimo do segurado contra riscos predeterminados, mediante o pagamento do prêmio.** Daí se extrai que os riscos cobertos podem ser objeto de livre pactuação e influenciarão no prêmio a ser pago.

Dessa forma, ausente a pactuação da cobertura de determinado risco, **o deferimento de indenização securitária em razão do sinistro que poderia, mas não foi coberto, é que violaria a função social do contrato,** segundo a qual este não pode ser transformado em um instrumento para atividades abusivas, causando dano à parte contrária ou a terceiros.

O norte dado pelo princípio da função social do contrato é no sentido de que ele seja concluído em benefício dos contratantes, sem conflito com o interesse público.⁶²

Extrai-se dessa posição que o ministro entende a função social do contrato como finalidade (teoria negativa), pois que em sua argumentação buscou o propósito do contrato de seguro, qual seja o estabelecido no art. 757 do Código Civil de 2002: “Pelo contrato de seguro,

⁶¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Ementa: [...]. RESP Nº 1.449.513 – SP. 3ª Turma. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cuevas. Brasília, 05 de março de 2015. Disponível em: <www.stj.jus.br> acesso em: 16 de abril de 2016.

⁶² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Ementa: [...]. RESP Nº 1.449.513 – SP. 3ª Turma. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cuevas. Brasília, 05 de março de 2015. Disponível em: <www.stj.jus.br> acesso em: 16 de abril de 2016.

o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados”⁶³.

Assim, entende que o estabelecimento de cláusulas a posteriori, aumentando a incidência de cobertura, fere o próprio intuito do contrato de seguro, que deve ser entendido à cerca dos riscos predeterminados.

Salienta-se, nesse ponto, o aspecto temporal necessário do contrato de seguro, a anterioridade do acerto dos riscos. Ao tratar-se de um contrato aleatório, como o contrato de seguro, faz-se necessário a impossibilidade de se antever a vantagem possivelmente recebida. O objeto do contrato é o próprio risco, a seguradora compra o risco do segurado em troca de uma prestação, esta, calculada sobre a possibilidade da ocorrência do sinistro, considerando como variáveis, entre outras, a abrangência da cobertura.

Em alinhamento a todo esse entendimento da finalidade do seguro, o Superior Tribunal de Justiça negou provimento ao recurso do segurado, mantendo a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo e do juízo de primeiro grau, não reconhecendo a obrigação da seguradora em pagar indenização securitária.

O próximo julgado de relevância ao tema é o Recurso Especial 1.483.853 – MS, de relatoria do Ministro Moura Ribeiro, julgado em 04 de novembro de 2014. Trata-se de recurso em sede de ação declaratória de nulidade de aval, na qual se discute a validade da garantia prestada em uma cédula de crédito rural em virtude de possível vedação estabelecido pelo artigo 60, §3º, Decreto-Lei nº 167/67:

Art 60. Aplicam-se à cédula de crédito rural, à nota promissória rural e à duplicata rural, no que forem cabíveis, as normas de direito cambial, inclusive quanto a aval, dispensado porém o protesto para assegurar o direito de regresso contra endossantes e seus avalistas.

§ 1º O endossatário ou o portador de Nota Promissória Rural ou Duplicata Rural não tem direito de regresso contra o primeiro endossante e seus avalistas.

§ 2º É nulo o aval dado em Nota Promissória Rural ou Duplicata Rural, salvo quando dado pelas pessoas físicas participantes da empresa emitente ou por outras pessoas jurídicas.

§ 3º **Também são nulas quaisquer outras garantias, reais ou pessoais**, salvo quando prestadas pelas pessoas físicas participantes da empresa emitente, por esta ou por outras pessoas jurídicas.

§ 4º Às transações realizadas entre produtores rurais e entre estes e suas cooperativas não se aplicam as disposições dos parágrafos anteriores. ⁶⁴

⁶³ BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 15 maio 2016.

⁶⁴ BRASIL. *Decreto-Lei nº 167/67, de 14 de fevereiro de 1967*. Dispõe sobre título de crédito rural e dá outras providências. Brasília, 1967. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0167.htm>. Acesso em: 15 maio 2016.

Importante destacar nesse momento que esse caso trata de decisão que altera o paradigma jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema (considerando a garantia de cédula de crédito rural inválida), como explicitado pelo relator:

Por isso, a solução até então adotada por esta Corte, (...) mostra-se juridicamente acanhada, porque evidencia confusão entre os conceitos de técnica interpretativa e de técnica legislativa e privilegia interpretação de cunho protocolar, distanciada do espírito do legislador e da realidade social dessa modalidade de contratação, fundada na Lei Complementar nº 95/1998, editada muito após a entrada em vigor da Lei nº 6.754/79, que determinou as alterações do Decreto-lei nº 167/67.

Para isto, o relator recorreu a interpretação sistemática do ordenamento jurídico, usando em sua técnica hermenêutica normas outras que não de forma exegética o artigo 60, §3º, como a Lei Complementar nº 95/1998 e as alterações implementadas no Decreto-Lei 167/67 pela Lei nº 6.754/79. Entendeu que:

(...) a interpretação sistemática do art. 60 do Decreto-Lei nº 167/67 não deixa dúvidas de que o significado da expressão "também são nulas outras garantias, reais ou pessoais" disposta no seu § 3º, refere-se diretamente ao § 2º, ou seja, dirige-se apenas às notas e duplicatas rurais, excluídas as cédulas de crédito rural do alcance da norma.

Essa linha interpretativa, igualmente, é a que melhor atende a função social do contrato, haja vista que no plano objetivo, não é difícil constatar a existência de gama enorme de pequenos produtores rurais que, impossibilitada de oferecer garantia diferente da pessoal (aval), tem o acesso ao crédito obstruído ou só o encontra franqueado em linhas de crédito menos vantajosas.⁶⁵

Dessa forma, conclui que a vedação à constituição de garantia só acolhe às notas e duplicatas rurais, não abarcando a cédula de crédito rural. Mas o ponto de verdadeira relevância, considerando o tópico do princípio da função social do contrato, reflete-se em corroborar a tese interpretativa com o atendimento a função social do contrato de mútuo. Há de se desassociar, nesse caso, os institutos do título de crédito (cédula de crédito rural) do contrato (mútuo fenerático).

O relator, ao falar do acolhimento da função social do contrato, vinculou seu entendimento a concessão de crédito ao produtor rural (contrato de mútuo) e que, apenas indiretamente, a cédula de crédito rural permite o acesso ao crédito. Note-se, portanto, que os

⁶⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Ementa: [...]. RESP Nº 1.483.853 – MS. 3ª Turma. Relator: Min. Moura Ribeiro. Brasília, 04 de outubro de 2014. Disponível em: <www.stj.jus.br> acesso em: 16 de abril de 2016

efeitos decorrentes do princípio ultrapassaram claramente o instituto do contrato, afetando, inclusive, o título de crédito a ele associado.

Ademais, é possível identificar que a função social do contrato, nesse caso, deve ser entendida em consonância com o benefício social (teoria positiva) que se espera da contratação, o qual, por construção histórica se estabeleceu em proveito ao produtor rural. Não se pode entender, nesse caso, a função social ligada à finalidade, posto que a finalidade do contrato de mútuo (empréstimo com a devolução da coisa fungível) não se alinha ao intuito de garantir acesso do crédito ao produtor rural. Portanto, não se deve confundir a finalidade da lei ao instituir o título de crédito com a finalidade do contrato em si.

Isto posto, decidiu o Superior Tribunal de Justiça em dar provimento ao recurso, estabelecendo que é legal a instituição de garantia em cédula de crédito rural.

3.3. Do entendimento jurisprudencial do TJDFT

Quanto ao egrégio tribunal do Distrito Federal e Territórios, este dotado da competência em segunda instância nas causas no Distrito Federal, analisar-se-á primeiro a APC 20050110077843, 2ª Turma Cível, relator J.J. Costa Carvalho, julgado em 15-04-2015, DJE de 23-04-2015.

Trata-se de ação em que se visa anulação de contrato de arrendamento rural sobre fundamento de vício de consentimento (coação) e violação ao princípio da função social do contrato e boa-fé objetiva. Não se permite, porém, através do relatório ou do voto observar a qual argumentação a parte apelante invocou o princípio da função social do contrato, como exposto:

Não conformada, (...) interpôs apelação, requerendo a reforma da r. sentença. Aduz, preliminarmente, a ausência de análise das provas existentes nos autos e, no mérito: (...) c) **violação aos princípios da função social dos contratos, da probidade e boa-fé;**⁶⁶

Mas basta para o estudo em caso o entendimento jurisprudencial do magistrado, como o estabelece em ementa:

Não há que se falar em violação à função social do contrato, uma vez que, nos contratos impugnados, ambas as partes, em **posição de igualdade**,

⁶⁶ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Ementa: [...]. APC 20050110077843, 2ª Turma Cível, relator J.J. Costa Carvalho, julgado em 15 de abril de 2015.

buscam auferir vantagens, não se constatando qualquer reflexo negativo de cunho social em face da pactuação⁶⁷

Note-se que o Tribunal entendeu a função social do contrato intimamente ligada a igualdade entre os contratantes, demonstrando a ideia de função social como “benefício à sociedade” (teoria positiva), qual seja, a justiça distributiva.

Desta forma, julgou improcedente a apelação, mantendo a decisão de primeiro grau de improcedência e mantendo o contrato, não reconhecendo coação ou violação a função social do contrato ou boa-fé objetiva.

O próximo julgado, a APC nº 20140710351750, 1ª Turma Cível, relator desembargador Alfeu Machado, julgado em 17 de março de 2016, se delonga mais sobre o assunto dessa monografia. Trata-se de apelação cível em sede de sentença de improcedência em ação de cobrança de indenização em contrato de prestação de serviço, na qual a apelante, empresa de contabilidade, sustenta que houve adimplemento e, portanto, não houve motivo para a rescisão do pacto pela parte apelada.

Dentro desse esboço, o relator, em seu voto, discursa sobre a importância da probidade e boa-fé entre os contratantes e acaba por pronunciar o princípio da função social do contrato, assim o entendendo:

(...) o princípio da função social do contrato disposto no art. 421 do Código Civil prestigia a relação de cooperação entre os contratantes durante todo o tempo em que o negócio jurídico viger, tendo como uma de suas finalidades a **manutenção do contrato e seu adimplemento**.⁶⁸

Mostra-se que, para resolver a questão da rescisão do pacto, o relator se prontificou em entender que a função social do contrato se refere, não somente à manutenção do pacto, como também ao seu adimplemento, elevando a condição de confiança inerente aos contratantes. O contrato, em sua finalidade precípua, deve garantir que, ao ser prestada devida condição contratual por uma parte contratante, deve a outra parte honrar sua obrigação. Em não se concretizada tal condição, não há de se falar em obrigação, resumindo-se ao princípio da *exceptio non adimplenti contractus*.

No caso em concreto, entendeu o relator que não houve o cumprimento da obrigação contratual pela parte apelante (empresa de contabilidade), o qual restou direito a parte ré (condomínio) estabelecer a rescisão do pacto, como expresso a seguir:

⁶⁷ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Ementa: [...]. APC 20050110077843, 2ª Turma Cível, relator J.J. Costa Carvalho, julgado em 15 de abril de 2015.

⁶⁸ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Ementa: [...]. APC 20140710351750, 1ª Turma Cível, relator Alfeu Machado, julgado em 17 de março de 2016.

Nesse sentido, ensejando a contratada o inadimplemento contratual por não ter dado fiel cumprimento às obrigações às quais se vinculou nas estipulações contratuais, seguramente violou a confiança nela depositada pelo contratante, infringindo os princípios da probidade e da boa-fé (art. 422 do CC), sendo, portanto, legítima a conduta da parte contratante em utilizar seu consequente direito potestativo (sic) de rescisão do contrato no fito de pôr fim à avença (art. 475 do CC)⁶⁹

Observa-se que o relator não vinculou de forma expressa o direito potestativo de rescisão do contrato ao princípio da função social do contrato, limitando-se a relacioná-lo ao princípio da probidade e boa-fé objetiva. Entretanto, depreende-se de sua construção argumentativa que corrobora a tese do direito de rescisão a função social do contrato, pela proteção ao adimplemento, finalidade do instrumento contratual, e utilizando-se, portanto, da teoria negativa, ou seja, entende a função social como finalidade.

Cabe mencionar a citação a Nelson Rosenvald, que concorre ao entendimento adotado nessa monografia de dicotomia no entendimento da função social do contrato.

Atendendo ao que havia muito já mencionava o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, a função social do contrato objetiva conjugar o bem comum dos contratantes e da sociedade. Portanto, podemos cogitar uma **função social interna e uma função social externa do contrato**.

A **função social interna** concerne à **indispensável relação de cooperação entre os contratantes**, por toda a vida da relação. Implica a necessidade de os parceiros se identificarem como sujeitos de direitos fundamentais e titulares de igual dignidade.

Assim, deverão colaborar mutuamente nos deveres de proteção, informação e lealdade contratual, pois a finalidade de ambos é idêntica: o adimplemento, da forma mais satisfatória ao credor e menos onerosa ao devedor.⁷⁰

Note-se que a definição indicada pela função social interna se relaciona ao entendimento da teoria negativa, que entende a função social do contrato como finalidade.

Em contraponto, por função social externa, deve-se entender a ideia de que os contratos possuem efeitos que repercutem na sociedade, possuem efeitos externos aos contratantes, não podendo o contrato prejudicar terceiros ou a coletividade⁷¹, em clara relação à teoria positiva e ao posicionamento de Humerto Theodoro Junior. Cabe a citação direta do autor:

⁶⁹ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Ementa: [...]. APC 20140710351750, 1ª Turma Cível, relator Alfeu Machado, julgado em 17 de março de 2016.

⁷⁰ PELUSO, Cesar (coord.). Código Civil Comentado. São Paulo: Manole, 2012. p. 486

⁷¹ ROSENVALD, Nelson. Dos contratos em geral. In: PELUSO, Cesar (coord.). Código Civil Comentado. Barueri: Manole, 2010. p. 480-482.

Os bons e maus contratos repercutem socialmente. Ambos os gêneros produzem efeito cascata sobre toda a economia. Os bons contratos promovem a confiança nas relações sociais. Já os contratos inquinados por cláusulas abusivas resultam em desprestígio aos fundamentos da boa-fé e quebra de solidariedade social.

Daí a necessidade de oponibilidade externa dos contratos em desfavor dos interesses dos contratantes. Ou seja, é possível que os contratos satisfaçam aos desígnios particulares dos contratantes, mas ofendam interesses metaindividuais – coletivos ou difusos. Basta supor a realização de avenças que afetam o meio ambiente, direitos de consumidores, ou a livre concorrência. Em tais casos, a sociedade poderá intervir sobre as cláusulas contratuais ofensivas a direitos fundamentais.⁷²

A partir desse entendimento, julgou o tribunal pela procedência parcial, considerando improcedente na parte que concerne ao adimplemento da obrigação contratual pela apelante e julgando válida a rescisão do pacto pela apelada.

Em seguida, avaliar-se-á a APC 20140710123217, 1ª Turma Cível, Desembargadora relatora Helena Azevedo dos Santos, julgado em 16 de março de 2016. Cuida-se de apelação cível em sentença de parcial procedência em ação de nulidade de cláusula contratual e ressarcimento ao consumidor, no qual a apelante alega, em sede do recurso de apelação, desequilíbrio contratual em contrato de promessa de compra e venda de bem imóvel, este em decorrência de cláusula que estabelece retenção de 22,9% dos valores eventualmente pagos em caso de distrato do negócio jurídico. Pleiteia, com isso, a apelante que a retenção dos valores pagos seja estabelecida no máximo de 10%, sendo o pedido principal a não aplicação da multa.

Em análise de mérito, a relatora defende veementemente a legalidade da retenção de parcela dos valores efetivamente pagos, e o faz, entre outros, pelo princípio da função social dos contratos, como se verá:

(...) independentemente da previsão ou não de cláusula penal ressarcitória pelo término da relação contratual, percebe-se que a **retenção de parcela do preço pago, garantida às incorporadoras/construtoras, é um instituto que decorre** da natural aplicação da principiologia que norteia as relações contratuais do Código Civil e que se aplicam, também, às relações consumeristas, em especial, **dos princípios da função social dos contratos**, da boa-fé objetiva e do equilíbrio contratual entre as partes.

Nesse sentido, da exegese do princípio da função social dos contratos, constata-se que os **contratos são celebrados com o intuito de atingir algum objetivo**, ou mesmo, em decorrência de alguma necessidade. Desse modo, não obstante a vontade dos contratantes ser a mola propulsora da realização dos contratos, após o advento do CC/2002 estes assumiram feição cada vez mais voltada aos interesses sociais, em detrimento do individualismo que move sua

⁷² ROSENVALD, Nelson. Dos contratos em geral. In: PELUSO, Cesar (coord.). Código Civil Comentado. Barueri: Manole, 2010. p. 480-482.

formação. Esse foi o desiderato do legislador ao regular os institutos contratuais no direito pátrio, inclusive, bem elucidado nas Jornadas de Direito Civil, confira-se:

(...)

Enunciado nº 22 do CJF- Art. 421: A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral que reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas.

Enunciado nº 23 do CJF- Art. 421: 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.

É assim que, atualmente, se pode afirmar que os contratos assumiram importante função de circulação de riquezas, distribuição de renda, criação de empregos e, destarte, culminam, ainda, por traduzir amplo interesse social. E por dizerem respeito não apenas aos contratantes, mas, indiretamente, também a toda a coletividade, é que o legislador **busca, na medida do possível, sua conservação ou preservação**, de forma que os contratos devem ser celebrados a fim de que sejam mantidos e cumpridos. (Grifo nosso)⁷³

A relatora entende que o princípio da função social do contrato tem por primazia garantir a finalidade contratual (teoria negativa), qual seja a conservação do contrato. Apesar de, em sua argumentação, observar que, segundo os enunciados das Jornadas do Direito Civil, a função social do contrato deve ser entendida conforme o “benefício a sociedade” que dele deriva, apenas o associou a função social de forma indireta. Em sua conclusão defendeu que atende a função social o entendimento que prima pela sua conservação, protegendo a confiança de se atingir determinado objetivo quando da contratação.

Nesse diapasão, decidiu o Tribunal pela parcial procedência do pedido, estabelecendo que é válida a cláusula de retenção, mas entendendo demasiadamente excessiva a percentagem de 22,9%, definindo o *quantum* de 10% como proporcional.

⁷³ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Ementa: [...]. APC 20140710123217, 1ª Turma Cível, relatora Helena Azevedo dos Santos, julgado em 16 de março de 2016.

4 A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO EM ANÁLISE

A terceira, e última, etapa dessa monografia visa analisar de forma crítica o entendimento doutrinário e as posições jurisprudenciais selecionadas, estabelecendo posições quanto ao significado do princípio, os efeitos de seu descumprimento, a sua relevância jurídica no ordenamento jurídico até a presente data e seu o impacto sobre a segurança jurídica.

4.1. Da conformação constitucional do princípio

Inicialmente, cabe ressaltar que, conforme se observou em pesquisa doutrinária e jurisprudencial obtidas nos capítulos anteriores, identifica-se uma discussão incipiente da interpretação do significado e dos possíveis efeitos do Princípio da Função Social do Contrato em relação aos dispositivos da Constituição Federal, ou seja, que pouco se debate a conformação constitucional do princípio.

Assim, essa conformação não será objeto de análise, apesar de sua importância conforme um ordenamento jurídico hierarquizado, uma vez que essa exploração ultrapassaria a delimitação estabelecida no trabalho.

Entretanto, é necessário levantar essa consideração para uma futura investigação sobre o assunto. Feita, assim, essas considerações, procede-se a análise do objeto deste trabalho.

4.2. Do significado do princípio da função social do contrato

Ante a grande abstração da cláusula geral, que permite ao intérprete uma liberdade substancial na hermenêutica da norma, é preciso alertar que, apesar da grande vontade dos juristas em entender o direito como ciência técnica e desvinculada dos valores morais, ou nas palavras de Kelsen uma ciência pura do Direito, na prática, as decisões supostamente técnicas têm seu fundo em algum caráter moral ou ideológico.

No caso em tela, seria possível, então, estabelecer uma resposta meramente técnica ao significado do princípio da função social do contrato? Ou seja, diante dessa problemática, seria possível estabelecer uma resposta desvinculada de aspectos meta jurídicos?

O que se observou durante a pesquisa é que, apesar de ser possível determinar uma linha de estrutura lógica do significado (entender, nesse caso, se a função social diz respeito a finalidade ou benefício em favor da sociedade), a posição ideológica do jurista é essencial para determinar o que é, de fato, um benefício a sociedade, quando adotado a teoria positiva. Ou seja, é possível determinar se um jurista utilizou, de forma técnica e desvinculada da moral ou ideologia, a teoria positiva ou negativa proposta nesse trabalho, mas a etapa seguinte no caso

da adoção da teoria positiva, ou seja, a determinação do significado, não da função social diretamente, mas de benefício em favor da sociedade, tem caráter menos jurídico e mais meta jurídico.

Diante dessa constatação, faz-se necessário separar a análise do significado em 2 objetos: a) O significado de função social do contrato de forma técnica jurídica, em relação a sua estrutura lógica (aplicação da teoria positiva ou negativa); b) O significado da função social do contrato de forma meta jurídica, em relação ao fundo moral ou ideológico (entendimento do significado de finalidade do contrato ou benefício em favor da sociedade).

O que se chama de significado técnico neste trabalho é a escolha de um procedimento lógico argumentativo, com base na aplicação primordial de uma hermenêutica literal e estrutural. Utiliza-se, portanto, o discurso da norma (as palavras do artigo) e a interpretação sistemática para buscar quais as opções interpretativas cabíveis para a norma em branco. Neste caso, a doutrina de Toumasevicius Filho foi paradigmática para se entender quais os possíveis caminhos que se pode percorrer para chegar ao sentido da cláusula geral em questão, pode-se entender a função social do contrato como finalidade do contrato (teoria negativa) ou pode-se entender a função social do contrato como benefício a sociedade (teoria positiva), uma forma de gerar efeitos benéficos além das partes contratantes.

De forma meramente técnica, estaria satisfeita a análise do sentido da função social do contrato ao se definir a teoria aplicável em abstrato, estabelecendo como apropriado apenas a utilização da teoria positiva, ou, pelo contrário, somente a teoria negativa, ou, ainda, entendendo ambas adequadas.

Entretanto, diante das análises jurisprudenciais concretizadas nesse trabalho, ficou constatado que a mera definição técnica do sentido da função social do contrato não é o suficiente para as soluções das contendas judiciais. Mostra-se possível chegar a conclusões diametralmente opostas ainda que se ajuste à mesma teoria, no caso, a positiva.

Então, para uma definição apropriada a uma pesquisa com rigor científico, será incluída mais uma etapa na busca do significado, qual seja a influência da base ideológica e moral do julgador na resolução do feito, a função social do contrato em uma análise meta jurídica. Esta etapa possui íntima ligação com as disposições de Luciano Benetti Timm sobre a dicotomia do paradigma paternalista e de direito e economia.

Uma vez entendida a vertente teórica que o julgador utilizou (teoria positiva ou negativa), a tarefa é definir qual o seu entendimento sobre o que significa benefício a sociedade, no caso de ter adotado a teoria positiva. Note-se que essa etapa, seguinte a definição técnica, leva em conta a compreensão do julgador sobre temas além de questões jurídicas, como o

entendimento do papel do contrato na sociedade ou de qual o benefício relevante que é cogente aos contratantes cumprir.

4.2.1. Do sentido técnico jurídico da função social do contrato

Observa-se nos julgados a aplicação de ambas as teorias paradigmas desse trabalho, a teoria positiva, que entende a função social do contrato como uma forma de obrigar os contratantes a cooperar em benefício da sociedade, e a teoria negativa, que entende a função social do contrato como norma que visa coibir as atuações contratuais em desacordo com o que se entende da finalidade do contrato.

Desta forma, utilizando como método apenas retratar a realidade jurídica atual, deve-se entender que ambas as teorias são aplicáveis na busca do sentido da função social do contrato, já que corroboradas pelos órgãos julgadores.

Entretanto, como estudante do Direito, ciência jurídica do dever ser, deve-se nesse ponto avaliar a adequação, ou não, dessa posição jurisprudencial.

Opõe-se crítica, primeiramente, a posição de adotar a teoria positiva da função social. Entende-se aqui que toda sociedade deve colaborar para que seja efetuada os benefícios sociais demandados, mas que essa cooperação deve ser concretizada pelo instrumento adequado.

O Direito Civil é ramo do Direito Privado, que tem como um de seus principais primados a igualdade entre as partes, regulando as relações entre estes. Em contraponto o Direito Público possui como primado a supremacia do interesse público sobre o privado, estabelecendo que o privado deve se submeter ao que se chama interesse público, ou interesse da coletividade.

Note-se que a aplicação da teoria positiva é a utilização dos conceitos do Direito Público dentro do Direito Privado (publicização do Direito Civil), uma vez que estabelece, dentro do instrumento contratual (regulado pelo Direito Privado), uma obrigação de o contratante colaborar com o interesse social da coletividade em abstrato.

Observe, e frise-se, novamente que não se fala aqui nesse trabalho em abstenção do indivíduo em colaborar com a coletividade em que faz parte, mas sim na aplicação do instrumento adequado para tal, qual seja o Direito Tributário e o Direito Administrativo.

Esses ramos do Direito Público acima mencionados possuem princípios e regramentos próprios que estabelecem o equilíbrio entre a necessidade de se cobrar dos indivíduos medidas comissivas em benefício da sociedade e sua capacidade de colaboração em

conjunto com a divisão do ônus de forma igualitária. Transportar essa responsabilidade, de determinar ônus ao privado em benefício da coletividade, para o ramo do Direito Privado mostra-se inadequado e capaz de gerar o que se chama insegurança jurídica, como será mais amplamente debatido em tópico subsequente.

A aplicação, portanto, da teoria negativa parece mais adequada a uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico, uma vez observando a própria finalidade do contrato como instrumento de garantir a confiança entre as partes e o intuito do Direito Privado em estabelecer relações justas pautadas na igualdade.

Vale observar aqui que a teoria negativa pode ser interpretada de duas formas diferentes: a) Finalidade do contrato em geral; b) Finalidade do contrato em espécie.

Pela finalidade do contrato em geral, entende-se aqui a finalidade do contrato de gerar a **confiança entre as partes**, de forma que fomente a produção de novos contratos e a consequente movimentação de riquezas na sociedade. O contrato, nesse aspecto geral, se concretiza como o instrumento que garante o cumprimento das obrigações nele estabelecido, podendo se valer da força coercitiva da tutela do Estado para garantir o cumprimento obrigacional. Pode-se entender, portanto, que o princípio do *pacta sunt servandae* é um subprincípio do princípio maior que é a função social do contrato, nesse aspecto.

Já pela finalidade do contrato em espécie, deve-se entender a **finalidade do tipo de contrato formalizado**, observando que cada contrato, seja de compra e venda, mútuo, seguro, entre outros, tem uma finalidade específica além da finalidade geral de gerar a confiança entre as partes.

Para isso, utilizar-se-á, primeiramente, como exemplo o contrato de compra e venda. O contrato de compra e venda tem como finalidade precípua transferir a propriedade de um certo bem pelo pagamento do preço, como se preceitua o artigo 481, Código Civil: “Art. 481. Pelo contrato de compra e venda, um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro”⁷⁴. Dessa forma, qualquer contrato de compra e venda que tenha finalidade outra que não a acima exposta será considerado contrário ao princípio da função social do contrato, uma vez que fere a finalidade específica do contrato de compra e venda. Como exemplo, podemos citar a simulação de contrato de compra e venda em que a finalidade dos contratantes não é a transferência do domínio mediante o pagamento do preço, mas sim a transferência de forma gratuita, como uma doação.

⁷⁴ BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 05 jun. 2016.

Como segundo exemplo, analisar-se-á o contrato de seguro. Preceitua o artigo 757, Código Civil, que: “Art. 757. Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados”. Note-se que a intenção primeira do contrato de seguro, como contrato comutativo, é a transferência de um risco predeterminado de uma parte, chamada segurado, para a outra parte, chamada seguradora. Ou seja, o objeto do contrato de seguro é a garantia de um interesse legítimo do segurado pela seguradora. Uma vez observado que o objeto do contrato não constitua um interesse legítimo do segurado, pode-se dizer que tal ato fere o princípio da função social do contrato, como, por exemplo, contrato em que o segurado por ato doloso provoca a ocorrência do sinistro. Nessa situação, o objeto do contrato não fora o interesse legítimo, mas somente o pagamento do prêmio em relação a um fato futuro e certo. Dessa forma, pode-se entender que o princípio da boa-fé se configura, também, como subprincípio da função social do contrato.

O princípio da função social do contrato nesse sentido parece, portanto, uma norma balizadora de todo o Direito Contratual, possuindo como subprincípios vários já consagrados, como o princípio da boa-fé e do *pacta sunt servandae*.

Importante observar também que a adoção da teoria negativa se mostrou adequada para uma análise meramente técnica jurídica em integralidade do princípio. Por esta teoria, não se mostra necessário buscar conceitos metajurídicos para completar o significado, uma vez que a própria lei define a finalidade dos contratos em espécie e os princípios gerais do contrato corroboram a sua interpretação.

Por outro lado, desta vez demonstrando a vantagem em se adotar da teoria positiva, é possível entendê-la como a mais adequada para a quebra de paradigma jurídico, podendo, diante de uma realidade social, alterar os preceitos do direito contratual em busca de uma evolução, entendida como uma busca pela justiça.

A discussão sobre o significado de justiça é tema ainda de grande controvérsia, não se podendo atribuir sentido unívoco ao termo. Na ocasião do objeto deste trabalho, como uma modesta e inicial tentativa de estabelecer parâmetros para entender seu significado, a justiça pode ser compreendida segundo um viés distributivo (tendente a distribuir renda) ou econômico (tendente a garantir a confiança no pactuado), podendo indicar que o conceito de justiça tenha uma ligação a questão de cunho mais ideológico do que meramente técnico.

Assim, baseado nessas considerações, deve ser feita essa ressalva: de que a adoção da teoria positiva pode gerar, a depender do cunho ideológico do julgador, uma sensação de justiça no caso em concreto.

Por fim, como um breve resumo deste subitem, a posição que a jurisprudência brasileira vem adotando a utilização de ambas as teorias como procedimento lógico válido ao entendimento do princípio da função social do contrato. Desta forma, aceita-se tal posição, apesar das considerações acima mencionadas, e conclui que ambas as teorias são válidas para buscar o significado deste princípio.

4.2.2. Do sentido meta jurídico da função social do contrato

Diante da validade de ambas as teorias (positiva e negativa) no ordenamento jurídico, explorar-se-á agora a vastidão de conclusões que o julgador dispõe para resolver o caso em concreto ao se escolher a teoria positiva.

Nesse aspecto, cumpre ao julgador entender quais os benefícios em relação a sociedade devem os contratantes ser compelidos a obrigação. E é neste ponto que o julgador deve abandonar os conceitos puramente jurídicos e se aventurar nas demais ciências sociais, como a Ciência Política, a Sociologia e a Economia.

Não se opõe críticas a essa transversalidade das ciências. Muito pelo contrário, entende-se nesse trabalho que a evolução da ciência jurídica perpassa necessariamente pela capacitação dos juristas em áreas além das notoriamente consagradas, devendo os julgadores, em especial, observar as consequências de seus entendimentos não somente em âmbito jurídico, mas em âmbito político, social e econômico.

Por isso a menção honrosa à doutrina da Análise Econômica do Direito em um julgado foi celebrada de forma ostensiva neste trabalho. A busca de uma solução jurídica que visa ampliar a visão do julgador às consequências do mundo real tende a uma evolução indubitável das decisões jurisprudenciais.

Mas de forma diametralmente oposta, a decisão que busca o significado de benefício da sociedade sem o devido fundamento científico determina o inevitável retrocesso na ciência jurídica, estabelecendo carta branca para os magistrados julgarem de forma casuística e, certamente, desprovida de motivação. Pode-se inclusive, sobre um ponto de vista mais profundo, avaliar se um julgado que se pauta no benefício da sociedade sem uma justificativa científica fere a necessidade de decisão do judiciário ser motivada, conforme o disposto no artigo 93, IX, Constituição Federal de 1988:

Art. 93 – [...]
[...]

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e **fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade**, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;⁷⁵ (grifo nosso)

Assim, apesar das críticas quanto a adoção da teoria positiva e da constante invasão dos conceitos de Direito Público sobre o Direito Privado, não se censura uma decisão de tribunal que fundamentadamente explique qual a relevância social que um contrato ou uma cláusula contratual fere diante de argumentos científicos, pautados em estudos com rigor.

Dessa forma, entende-se nesse caso que a aplicação de conceitos meta jurídicos não se mostra nociva ao Direito, mas deve ser utilizada de forma séria, não bastando simplesmente demonstrar argumentos pautados em opiniões casuais e sem reflexão séria das consequências, mas comprovar que sua decisão se pauta na ciência.

E assim se faz uma crítica a diversos julgados que meramente elencam o princípio da função social do contrato como argumento de sua decisão sem, ao menos, explicar qual o seu real significado. Logicamente que diante dessa situação o argumento do julgador não se pautou exclusivamente na função social do contrato, mas ensejaria ao menos um recurso de embargos de declaração perante a obscuridade de sua decisão.

Ademais, é preciso destacar que, ainda que pautado em estudos técnicos científicos em áreas alheias à ciência jurídica, as possibilidades de entendimento do que se trata benefício a sociedade são infinitas. Por isso, entende-se apropriado que essa determinação seja estabelecida nos ramos do Direito Públicos, uma vez que estas sim são pautadas em políticas de governo que formalizam os rumos políticos, sociais e econômicos da sociedade. Entende-se, portanto, que atribuir essa responsabilidade ao julgador em âmbito contratual fere não somente um dos primados do Direito Civil, como também estabelece com impropriedade a decisão dos rumos políticos, sociais e econômicos a quem não possui legitimidade para tal.

Por fim, vale lembrar a doutrina de Luciano Benetti Timm, que se aplica à essa avaliação de cunho ideológico. Segundo o autor, existem duas possibilidades interpretativas para o princípio: a) um paradigma paternalista/distributivo; b) um paradigma de direito e economia. O paradigma paternalista entende a função social como instrumento que visa distribuir renda, equilibrar a relação em favor do mais fraco, entendendo a função social como

⁷⁵ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988*. Brasília, 1988. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 05 jun. 2016.

justiça distributiva, baseado na constitucionalização do direito civil. Em contraposição, quanto ao paradigma de direito e economia, o autor entende que o contrato e sua função deve ser instrumento que visa promover a confluência de interesses antagônicos, como um meio de garantir a confiança entre sujeitos com interesses em contraposição, o que nos leva ao mesmo conteúdo do disposto na teoria negativa, qual seja garantir a confiança entre as partes.

Note-se que ao se definir a dicotomia entre paradigma paternalista e econômico, o autor observa, em verdade, o grande maniqueísmo político da atualidade, divisão radical entre pessoas de ideologia social e liberal. Podemos, então, concluir que o paradigma econômico, aportado pela Análise Econômica do Direito, e o paradigma paternalista, que se pautam em uma ideia de conformação constitucional (apesar das ressalvas quanto a conformação constitucional oposta anteriormente), possuem íntima ligação com o posicionamento ideológico do intérprete.

Assim, a busca pelo significado da função social do contrato pode ser melhor entendida ao dividir o estudo em etapas. Primeiro se busca o sentido gramatical do termo função social para, depois, se necessário, buscar o sentido político ideológico do princípio. Importante ressaltar que a segunda etapa deve ser sempre seguida de um fundamento racional, sob pena de se permitir decisões casuísticas e, como consequência, gerar insegurança jurídica.

4.3. Dos efeitos jurídicos no caso em concreto

O princípio da função social do contrato, como previsto no estudo de seu significado, afeta todo o Direito Contratual, servindo como norma base para todo esse ramo do Direito Civil.

Dessa forma, ante ao extenso alcance desse princípio, opta-se neste trabalho pela divisão da análise em dois tipos de efeitos: a) Efeitos subjetivos (considerado o foco de análise nos sujeitos, contratuais ou não); b) Efeitos objetivos (considerando o foco da análise no contrato celebrado).

4.3.1. Análise subjetiva dos efeitos

Dentro do aspecto subjetivo da análise, estabelece-se **obrigações** aos contratantes de que os efeitos decorrentes do contrato não violem a função social do contrato em relação aos próprios contratantes (denominado pela doutrina de efeito *intra partes*) e em relação a terceiros ou a própria coletividade (denominado de efeito *extra partes*). Dessa forma entende-se que o

aspecto subjetivo diz respeito a quem pode figurar como sujeito de direito diante da violação da função social do contrato. Note-se que não se adotou a posição de Humberto Theodoro Junior nessa monografia, que entende que os efeitos internos teriam relação somente com o princípio da boa-fé, já que ficou demonstrado pela jurisprudência e pela doutrina de Tomasevicius Filho poder o princípio ser aplicado às partes contratantes.

Nesse ponto, abre-se um parêntese, para correlacionar as teorias do significado (teoria positiva e negativa) com as obrigações decorrentes da liberdade de contratar. Ao se adotar a teoria positiva, estabelece-se, com isso, uma obrigação comissiva dos contratantes, uma determinação de agir em benefício da sociedade. Enquanto pela adoção da teoria negativa, estabelece-se uma obrigação omissiva dos contratantes, uma determinação de não contratar em desacordo com a finalidade do contrato.

Observa-se assim que, de acordo com a teoria positiva, aos privados será imposta a obrigação de contratar segundo o que se entende pelo melhor benefício social, é uma obrigação de contratar segundo os moldes do que se entende por benefício da sociedade. Novamente faz-se crítica a adoção dessa teoria, pois que se cria uma forma de contrato de adesão *erga omnes*, estabelecendo limitação tal à liberdade de contratar que não se pode negociar as cláusulas contratuais sob pena de infringir a função social do contrato.

Já pela teoria negativa, fica a liberdade de contratar limitada aos desvios de finalidade do contrato, define-se com isso uma obrigação de não fazer, podendo o privado contratar de qualquer forma que não viole a finalidade social. Note-se que a liberdade de contratar neste caso é muito maior do que pela adoção da teoria positiva, já que, pela teoria positiva, define-se a obrigação de fazer o contrato ao que se define pelo benefício a sociedade.

Voltando à análise dos efeitos *intra partes* e *extra partes*, é estabelecido que tanto as partes contratantes quanto terceiros ou a coletividade possuem direito decorrente do princípio da função social do contrato, não podendo nenhum desses sujeitos ter seus direitos lesionados diante de uma prática contratual.

Quanto aos efeitos *intra partes* é estabelecido tanto um direito quanto um dever diante do princípio. É dever na medida em que se estabelece obrigações, seja pela teoria positiva ou negativa, como já visto acima. Quanto ao direito, figuram os contratantes como alcançados pela garantia do cumprimento da norma geral, podendo se valer dessas para obter a tutela estatal diante de sua violação.

Já em relação aos efeitos *extra partes* figuram os terceiros e a coletividade somente como sujeito de direito, restando somente aos contratantes o dever de se contratar conforme a

função social. Note-se lógica tal conclusão, uma vez que os atos contratuais somente possuem, em sua formação, atos dos contratantes, como a oferta e a aceitação.

Neste diapasão, aqueles que, mesmo que alheios a relação contratual, possuem seus direitos lesionados pela relação contratual podem exigir que o contrato se conforme ao ordenamento jurídico, neste caso, que o contrato obedeça a sua função social e cesse a lesão a seu direito.

4.3.2. Análise objetiva dos efeitos

A análise objetiva dos efeitos da função social do contrato será observada em relação com o objeto da relação contratual, o contrato.

Neste aspecto, o contrato eivado de algum vício decorrente da violação da função social deve ser considerado ato ilícito, conforme ditame literal do artigo 187, Código Civil: “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”⁷⁶. Note-se que a construção do texto normativo dispõe sobre o termo “fim social ou econômico”, ou seja, em clara aplicação da teoria negativa da função social. Poder-se-ia argumentar nesse caso que, por uma interpretação sistemática do Código Civil, a disposição do artigo 187 afasta a interpretação da teoria positiva. Entretanto, não é dessa forma que a jurisprudência e a doutrina vem entendendo o instituto.

Ademais, diante da possibilidade de aplicação de ambas as teorias do significado, considera-se, por expressa disposição normativa, os atos que violam a função social do contrato atos ilícitos. Dessa forma, o negócio jurídico tido como ilícito deve ser anulado, ou pelo menos as cláusulas eivadas de ilicitude, conforme a expressa disposição do artigo 166, VII, Código Civil: “Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção”⁷⁷.

Neste espeque, não há que se discutir a possibilidade de se declarar inválida uma cláusula contratual diante de um ato ilícito, sendo clara a permissão legal para tal.

⁷⁶ BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 05 jun. 2016.

⁷⁷ BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 05 jun. 2016.

O que pode ser debatido neste caso é a possibilidade de revisão contratual diante desse ato ilícito. Seria possível ao magistrado estabelecer uma cláusula impositiva aos contratantes sem os seus devidos consentimentos?

O que se observou diante das jurisprudências é que os julgadores têm efetuado essa revisão, como no caso de onerosidade excessiva pela retenção de valor já efetivamente pagos em prestações parceladas. Entretanto, resta discutível tal posição, uma vez que a modificação do contrato depende de anuência do réu, conforme o estabelecido no artigo 479, Código Civil: “Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato”⁷⁸.

Dessa forma, conclui-se que os magistrados, diante da cláusula geral, entendem pela autorização implícita de poder revisar o contrato quando este viola a sua função social. Não resta críticas a essa posição, uma vez que, diante dessa revisão, não somente se estabelece de forma coercitiva as cláusulas do contrato, como também obriga a própria aceitação do contrato, ferindo o consentimento intrínseco que se espera desse instituto.

4.4. Da relevância jurídica

Em 14 anos de vigência do Código Civil, ter que abrir um tópico sobre a relevância jurídica do princípio da função social do contrato já poderia demonstrar um indício de sua irrelevância. Já em 2005, Rodrigo Xavier Leonardo, em suas considerações iniciais, censura a real alteração jurídica do instituto. Vale frisar a literalidade de seus comentários:

Sob uma primeira leitura, para muitos, estaria aí disposto um novo princípio que revolucionaria o tradicional direito dos contratos fundamentado, essencialmente, no princípio da autonomia privada. Seria isto mesmo? É possível verificar um sentido autônomo para a função social do contrato diverso daquele verificado noutras cláusulas gerais como, v.g, a boa-fé objetiva?⁷⁹

Corroborando a tese da irrelevância, considerou que “as codificações liberais e o pensamento jurídico moderno desprestigiaram a perspectiva funcional dos institutos de direito

⁷⁸ BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 05 jun. 2016.

⁷⁹ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *A função social dos contratos: ponderações após o primeiro biênio de vigência do Código Civil*. In: CAZENIN, Claude. *Arte jurídica*. v. 2. Curitiba: Juruá 2005. Disponível em: <<http://losso.com.br/portal/biblioteca/37.pdf>>. Acesso em: 16 ago. 2015. p. 1.

privado”⁸⁰, pois conceberam a função dos institutos jurídicos em segundo plano, de forma a organizar as questões jurídicas em “noções de sujeito de direito, direito subjetivo, fato e relação jurídica, amarrados pelo direito objetivo”⁸¹. Exemplo em concreto desse entendimento o autor frisa na seguinte situação:

[...] um contrato de compra e venda [...], simultaneamente, sofreria a incidência das regras do (1) contrato típico de compra e venda, estruturado segundo a (2) teoria geral dos contratos e dos (3) negócios jurídicos, tendo por efeito a constituição, modificação ou extinção de uma (4) relação jurídica obrigacional. O exemplo apresenta quatro 'camadas' de tratamentos jurídicos provenientes de quatro setores do Código Civil (contrato típico, contratos em geral, obrigações e negócio jurídico) que em uma progressão constante de abstração afastavam o operador jurídico da realidade fática subjacente: a troca de um bem por um correspondente valor de dinheiro⁸²

Entende-se por seus comentários que o autor se utilizou da teoria negativa para justificar a irrelevância do instituto, uma vez destacado que a finalidade do contrato ficou em segundo plano diante das “camadas” do direito moderno.

Entretanto, tal argumento não pode ser utilizado nesse trabalho, posto que, como já exaustivamente definida anteriormente, pode-se entender a função social tanto como finalidade, como benefício em favor da sociedade, apesar das ressalvas já feitas.

Mas ponto importante a ser destacado é que o autor, ao analisar a jurisprudência dos Tribunais do Estado de São Paulo, Paraná, Distrito Federal e do Superior Tribunal de Justiça, reuniu um número pequeno de julgados que utilizam a função social do contrato como argumento jurídico. Atribuiu os “limites desse estudo ao pequeno número de julgados, provenientes de um reduzido número de tribunais da federação, que efetivamente expressam a função social do contrato como fundamento das decisões”⁸³.

Observa-se que, apesar do hiato de 11 anos entre a publicação do artigo de Rodrigo Leonardo Xavier até a presente data, as mudanças no paradigma “pequenos número de

⁸⁰ Ibidem. p. 2.

⁸¹ LEONARDO, Rodrigo Xavier. A função social dos contratos: ponderações após o primeiro biênio de vigência do Código Civil. In: CAZENIN, Claude. Arte jurídica. v. 2. Curitiba: Juruá 2005. Disponível em: <<http://losso.com.br/portal/biblioteca/37.pdf>>. Acesso em: 16 ago. 2015. p. 2.

⁸² LEONARDO, Rodrigo Xavier. A função social dos contratos: ponderações após o primeiro biênio de vigência do Código Civil. In: CAZENIN, Claude. Arte jurídica. v. 2. Curitiba: Juruá 2005. Disponível em: <<http://losso.com.br/portal/biblioteca/37.pdf>>. Acesso em: 16 ago. 2015. p. 3.

⁸³ LEONARDO, Rodrigo Xavier. A função social dos contratos: ponderações após o primeiro biênio de vigência do Código Civil. In: CAZENIN, Claude. Arte jurídica. v. 2. Curitiba: Juruá 2005. Disponível em: <<http://losso.com.br/portal/biblioteca/37.pdf>>. Acesso em: 16 ago. 2015. p. 16.

julgados” pouco se alterou. Deve-se mencionar aqui que a eleição do STJ e TJDFT como tribunais de pesquisa foram decorrentes de duas variáveis: a) a quantidade de julgados que se delongavam sobre o tema; b) o conteúdo desses julgados quanto ao pronunciamento do significado de função social.

Faz-se necessário, portanto, a análise se, de fato, a função social do contrato teria relevância jurídica. Seria este princípio inócuo de conteúdo e, portanto, inaplicado de forma categórica na jurisprudência? Ou seria esta ausência jurisprudencial decorrente da defasagem do entendimento desse princípio?

Diante da complexidade que se estabeleceu neste trabalho, não há dúvidas de que o princípio tem sim uma carga de conteúdo bem extensa, não se podendo atribuir a sua quase ausente utilização na jurisprudência a sua falta de conteúdo.

Como mencionado, a escolha da jurisprudência de pesquisa levou em conta não só a quantidade, mas também o conteúdo desses julgados, escolhendo-se aqueles em que é possível, pelo menos, aduzir algum tipo de significado ao princípio. A grande maioria dos julgados observados se referem ao princípio ligado a boa-fé objetiva, e sem discutir se quer o significado

Inclusive, a própria doutrina é escassa nesse tema. A dificuldade em achar, nas próprias livrarias, a bibliografia tida como mínima é alarmante, obtendo-se respostas como: “a editora parou de produzir esse exemplar”.

A conclusão é, portanto, que o tema é pouco debatido entre os juristas, incluindo entre estes os magistrados, aceitando a comunidade jurídica argumentações tão abstratas que se pode entender qualquer coisa sobre o princípio. Diante dessa situação, se quer embargos de declaração são oponíveis contra essas decisões, demonstrando a convivência de todos os juristas diante dessa realidade. Assim, a função social do contrato é sim relevante, mas o seu entendimento ainda engatinha diante do pouco debate da comunidade jurídica.

Mas argumentar que o tema é irrelevante significaria necessariamente dizer que não se pode atribuir qualquer sentido juridicamente relevante ao princípio, o que se discorda de forma veemente nesta pesquisa. A técnica legislativa da cláusula geral é instrumento que visa a busca de uma decisão mais justa em cada caso concreto, podendo essa cláusula se amoldar segundo um critério definido pelo juiz. Entretanto, esse poder atribuído ao judiciário não pode ser usado de forma irresponsável e desvinculado do ordenamento jurídico, deve seguir certos critérios de lógica jurídica, sob pena de se tornar um mero casuismo travestido de decisão judicial. Assim, pugna-se pelo maior debate sobre o tema, para que se forme um consenso de,

ao menos, definição dos critérios possíveis de utilização pelos magistrados, e conclui-se que o princípio possui relevância jurídica, apesar de ser pouco utilizado no mundo jurídico.

4.5. Da segurança jurídica

Observar os impactos na segurança jurídica de uma cláusula geral parece tarefa de fácil conclusão. A inclusão de uma norma que permite ao julgador, diante do caso em concreto, definir qual o significado da norma e quais os efeitos dela decorrente, é estabelecer uma realidade quase impossível de se antecipar. Não se mostra possível ao contratante entender o que é correto ou não ao se contratar se somente após o litígio vai ser explicado qual o significado da norma e assim definir os efeitos pelo seu descumprimento.

Entretanto, muitos pugnam que a busca pela segurança jurídica é infrutífera pela impossibilidade de se prever as decisões judiciais. Não obstante tal posicionamento, entende-se que as decisões judiciais são pautadas em argumentações fundamentadas, segundo o disposto no artigo 11 da Lei 13.105/15, Código de Processo Civil: “Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”⁸⁴. Assim, apesar dessa abertura normativa ao Poder Judiciário, ficam as suas decisões vinculadas ao seu fundamento jurídico, não podendo o magistrado julgar de forma casuística e desvinculada de argumentos técnico-jurídicos.

Com isso, defende-se que a segurança jurídica não é mera utopia, algo inalcançável diante da complexidade do Direito, mas sim a busca por uma uniformidade das condutas humanas, nesse caso, a respeito das regras em se contratar. Para que se estabeleça a ordem das relações intersubjetivas é necessário, ao menos, que os sujeitos da relação tenham conhecimento do certo ou errado conforme o ordenamento jurídico, que as suas relações se auto regulem e executem, sem necessidade do litígio. Esse é o grande benefício do que se chama segurança jurídica.

Vale, nesse ponto, destacar os dizeres de alguns autores, como Flávio Tartuce. Para este autor, a função social do contrato traz a ideia de equidade nas relações contratuais, devendo o instituto reequilibrar as relações:

⁸⁴ BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Institui o Código Civil. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046>. Acesso em: 18 ago. 2016.

Entendemos que a intenção da expressão função social do contrato está intimamente ligada ao ponto de equilíbrio que o negócio celebrado deve atingir e ao que se denomina princípio da equidade contratual. Dessa forma, um contrato que traz onerosidade a uma das partes – tida como hipossuficiente e/ou vulnerável –, não está cumprindo o seu papel sociológico, necessitando de revisão pelo órgão judicante⁸⁵

Dessa forma, considerando seu entendimento sobre a função social do contrato, a comparação do instituto com a aplicação dos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor é de fato bem lógica, uma vez que o ânimo legislativo em redigir o CDC é reequilibrar as relações tidas como desiguais. Entretanto, a aplicação desse entendimento de forma genérica pode gerar efeitos jurídicos de grande impacto. Afinal, a vulnerabilidade do consumidor é legalmente presumida, diferentemente da relação contratual. Poder-se-ia, então, diante de um caso em concreto, um juiz atribuir a qualidade de vulnerável a qualquer parte em busca da função social do contrato? Tal conclusão não fica clara, mas a possibilidade de se atribuir essa qualidade ao contratante pelo magistrado transforma o contrato em instrumento de mera distribuição de renda, ao contrário do que se espera que seja garantir a confiança entre as partes.

O autor defende ainda, utilizando o mesmo argumento jurídico da função social do contrato no Código Civil de 2002, a revisão contratual do Código de Defesa do Consumidor pela simples onerosidade a parte considerada hipossuficiente. Não se aplica a clássica cláusula “*rebus sic stantibus*”, ou teoria da imprevisão. Note o ponto de vista do autor:

Teríamos, portanto, com o Código de Defesa do Consumidor, a adoção de outro fundamento para a revisão contratual, a da revisão por simples onerosidade, que tem como embrião a teoria da equidade contratual, que é motivada pela busca, em todo o momento, de um ponto de equilíbrio nos contratos, afastando-se qualquer situação desfavorável ao protegido legal⁸⁶

A percepção do autor quanto ao assunto, um tanto drástica para o Direito Civil, funda-se no Direito do Consumidor em questões de diretrizes sociopolíticas, aproximando-se do entendimento da função social como “serviço realizado em benefício de outrem”⁸⁷. Neste

⁸⁵ TARTUCE, Flávio. A revisão do contrato no Código de Defesa do Consumidor e a suposta adoção da Teoria da Imprevisão. Visão frente ao princípio da função social do contrato. *Curso de extensão em Direito Civil Constitucional da PUC/MG*. jul./dez. 2004. Disponível em:

<http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/Tartuce_revis%C3%A3o.doc> Acesso em: 29 out. 2007. p. 1.

⁸⁶ TARTUCE, Flávio. A revisão do contrato no Código de Defesa do Consumidor e a suposta adoção da Teoria da Imprevisão. Visão frente ao princípio da função social do contrato. *Curso de extensão em Direito Civil Constitucional da PUC/MG*. jul./dez. 2004. Disponível em:

<http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/Tartuce_revis%C3%A3o.doc> Acesso em: 29 out. 2007.. p. 5.

⁸⁷ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social do contrato: conceito e critérios de aplicação. *Revista de informação legislativa*, Brasília, a. 42, n. 168, p.197-213, out./dez. 2005. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/462>>. Acesso em: 16 ago. 2015. p. 201.

caso, o terceiro beneficiado seria um dos contratantes, devendo este ser amparado em detrimento do não hipossuficiente, que possui uma condição jurídica de maior vantagem. Observe a literalidade de sua interpretação:

[...] concluímos, pelo entendimento jurisprudencial que ampara o nosso posicionamento, que com a possibilidade de se rever um contrato por simples onerosidade, vislumbra-se um contato com o princípio da equidade contratual, trazido pela tendência de socialização do direito, pela valorização da dignidade da pessoa humana, pela solidariedade social, pela igualdade material que deve sempre estar presente nos negócios

Apesar de respaldo jurisprudencial, a acomodação desse entendimento da relação jurídica de consumo no Direito Civil seria de fato uma infiltração das normas jurídicas de Direito Público (publicização) nas normas de direito privado, tal qual o direito civil, pautado na igualdade entre os indivíduos.

Com isso, ilustra-se uma grande problematização em relação a interpretação da cláusula geral da função social do contrato, a invasão dos princípios e normas do direito público no direito privado (publicização) e sua conseqüente interferência na segurança jurídica.

Nelson Rosenvald, na mesma direção, aponta que a função social do contrato é princípio que visa reequilibrar as relações contratuais de forma e dirimir situações de injustiça. Seria o posicionamento de gerar equidade material:

[...] estes princípios não restringem a autonomia privada, pelo contrário: valorizam-na, equilibrando aquilo que a realidade crua tratou de desigualar, afinal o poder da vontade de uns é maior que a de outros. Na arguta de Teresa Negreiros, vivencia-se uma hipercomplexidade, um amálgama entre os princípios clássicos e contemporâneos, como modelos que convivem simultaneamente.⁸⁸

Ainda, com relação à segurança jurídica, expressou sua opinião contrária, sob a égide da busca pela justiça: “Tornar-se instituição significa paralisar a história, aceitar a imobilidade sob a capa da segurança. E toda segurança, no reino da contingência, é sempre uma prisão”⁸⁹.

⁸⁸ ROSENVALD, Nelson. A função social do contrato. *Revista MPMG Jurídico*, Belo Horizonte, a. 2, n. 9, abr./maio/jun. 2007. p 10-20. Disponível em: <<https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/handle/123456789/731>>. Acesso em: 23 ago. 2015. p. 11.

⁸⁹ ROSENVALD, Nelson. A função social do contrato. *Revista MPMG Jurídico*, Belo Horizonte, a. 2, n. 9, abr./maio/jun. 2007. p 10-20. Disponível em: <<https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/handle/123456789/731>>. Acesso em: 23 ago. 2015. p. 11.

Dessa forma, a problematização levantada pela doutrina, ainda decorrente da abertura normativa do Princípio da Função Social do Contrato, perpassa na violação da segurança jurídica.

Apesar dessas posições doutrinárias que entendem o princípio como forma de inculcar uma justiça distributiva no contrato, como última observação, deve-se destacar que o instituto é pouco utilizado em argumentações litigiosas e que a doutrina pouco debate sobre o tema. Isso demonstra, de certa forma, que, apesar dessa abertura frente ao desconhecido, esse princípio pouco afetou as decisões no caso em concreto, possuindo baixo impacto na realidade fática. Entretanto, apesar desse baixo impacto na realidade, não se pode dizer que o princípio não gerou insegurança jurídica, muito pelo contrário, gerou, com certeza, uma grande insegurança jurídica. A segurança jurídica é um sentimento de previsibilidade do ordenamento jurídico. E, ao se cogitar que um contrato possa ser modificado ou anulado por um princípio que ainda não possui uma definição firme, gera, sem dúvidas, grande incerteza aos contratantes, tornando os efeitos que se espera do contrato imprevisíveis.

5 CONCLUSÃO

Diante do exposto, o que se torna mais notório é que o debate é ainda incipiente na comunidade jurídica. Nada se pode falar em posição majoritária ou minoritária do significado ou efeitos do Princípio da Função Social do Contrato. Inclusive, a proposta dessa monografia não é esta, tão somente avaliar uma posição doutrinária diante da jurisprudência e fazer, por fim, uma análise crítica do resultado dessas pesquisas.

O que se observa da doutrina de Tomasevicius Filho é que seu estudo baseado em hermenêutica gramatical se mostrou aplicável na jurisprudência, apesar de não haver menção de seus estudos nos acórdãos avaliados. As teorias, batizadas aqui de teoria positiva e teoria negativa, foram a base do entendimento do julgador, demonstrando a aplicabilidade de ambas e sendo, entretanto, apenas a primeira etapa necessária para completa compreensão do princípio. A segunda etapa na busca de completar o sentido ultrapassou a argumentação jurídica, sendo, nas decisões observadas, preenchida por argumentos políticos, posição liberal ou social do julgador, se aproximando do disposto por Luciano Benetti Timm. Entre estes argumentos, podemos o paradigma paternalista, baseado em uma conformação constitucional, e o paradigma econômico, baseado na teoria da Análise Econômica do Direito, que buscou os efeitos na economia para entender o que é benéfico para a sociedade (em caso da adoção da teoria positiva).

Já quanto aos efeitos, entendeu-se que a análise ficaria mais clara ao se dividir entre análise subjetiva e análise objetiva dos efeitos. A análise subjetiva diz respeito ao polo de titularidade do direito (polo ativo) e das obrigações (polo passivo) decorrentes dessa cláusula geral. Quanto ao polo passivo é fácil concluir que a obrigação é limitada aos contratantes, já que ninguém pode ser obrigado diante da manifestação de vontade de terceiro. A discussão mais interessante diz respeito ao polo ativo, quem pode demandar a conduta dos contratantes conforme a função social do contrato. Nesse ponto, deve-se observar os efeitos do contrato. Os próprios contratantes podem exigir a obediência ao ordenamento jurídico quando a relação contratual a desvirtua, sendo estes, claramente, titulares no polo ativo. Ademais, caso o contrato lesione direito de terceiro, seria este terceiro lesionado o titular no polo ativo da mesma forma.

Quanto aos efeitos em análise objetiva, quanto ao contrato, podemos identificar duas possibilidades diante do descumprimento do princípio: a anulação do negócio jurídico e a revisão contratual. O que se observou diante das análises jurisprudenciais é que ambas

possibilidades são válidas, apesar da ressalva feita quanto ao julgador poder sobrepujar a vontade dos contratantes e obrigá-los a objeto diferente do contratado. Nesse sentido, entende-se aqui que não pode o juiz reformar as cláusulas contratuais sem um critério totalmente vinculado ao que foi contratado.

Assim, diante dessas possibilidades de efeitos do descumprimento do princípio, é notória a grande relevância jurídica do tema, apesar de pouco debatido em doutrina e pouco utilizado nas contendas litigiosas. O princípio segue a técnica legislativa da cláusula geral, técnica que transfere ao poder judiciário o entendimento sobre o princípio. Neste espeque, entretanto, diante da ausência de uma jurisprudência consolidada, não se pode definir qualquer entendimento dominante sobre o princípio, pairando, ainda, como cláusula geral sem definição. Mas não se pode confundir essa ausência de entendimento com irrelevância jurídica.

Por fim, diante da cláusula geral que se pousou sobre o princípio, a questão da segurança jurídica é tema certo a ser debatido. O que se observou foi o alto impacto na segurança jurídica, mas com pouca aplicação na realidade fática. Pode-se dizer que a norma ainda não foi bem compreendida pela comunidade jurídica e, por isso, sua aplicação ainda é limitada. Entretanto, apesar de sua baixa aplicação, alterou de forma incisiva a previsibilidade das relações contratuais em virtude da própria natureza da norma (cláusula geral), apesar do seu baixo uso.

REFERÊNCIAS

BUSTAMANTE, Thomas M. R. A criação do direito pela jurisprudência: notas sobre a aplicação do direito e a epistemologia na teoria pura do direito. *Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia*, Uberlândia, v. 38 - n.2, p. 685-706, 2010.

FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. Metodologia de Análise de Decisões. *Univ. JUS*, Brasília, n. 21, p. 1-17, jul./dez. 2010.

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

KELSEN, H.; BULYGIN, E.; WALTER, T. *Validez y eficacia del Derecho*, Buenos Aires: Astrea. 2005

LEONARDO, Rodrigo Xavier. A função social dos contratos: ponderações após o primeiro biênio de vigência do Código Civil. Disponível em: <<http://losso.com.br/portal/biblioteca/37.pdf>>. Acesso em: 16 ago. 2015.

LAUDA, Bruno Bolson. A Análise Econômica do Direito: uma dimensão da crematística no Direito. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria*, v. 4, n. 1, 2009. p. 5. Disponível em: <<http://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/7026/4244#.Vzey8o-cG3A>>

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 36, n. 141, p. 107, jan./mar. 1999.

MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. *Revista Direito GV*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 41-66, maio 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35261>>. Acesso em: 21 ago. 2015.

POSNER, Richard. *The law and economics of contractual interpretation*, In *Texas Law Review*, Vol. 83, N. 06, 2005. Pg. 1583.

ROSENVALD, Nelson. A função social do contrato. *Revista MPMG Jurídico*, Belo Horizonte, a. 2, n. 9, abr./maio/jun. 2007. p 10-20. Disponível em: <<https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/handle/123456789/731>>. Acesso em: 23 ago. 2015.

ROSENVALD, Nelson. Dos contratos em geral. In: PELUSO, Cesar (coord.). Código Civil Comentado. Barueri: Manole, 2010.

TARTURCE, Flávio. A função social dos contratos, a boa-fé objetiva e as recentes súmulas do Superior Tribunal de Justiça. *Revista científica da Escola Paulista de Direito*. São Paulo, a. 11, n. 1049, maio 2005. Disponível em: <<http://www.affigueiredo.com.br/artigos/funcaosocialcontratos.pdf>>. Acesso em: 16 ago. 2015.

TARTUCE, Flávio. A revisão do contrato no Código de Defesa do Consumidor e a suposta adoção da Teoria da Imprevisão. Visão frente ao princípio da função social do contrato. *Curso de extensão em Direito Civil Constitucional da PUC/MG*. jul./dez. 2004. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/Tartuce_revis%C3%A3o.doc> Acesso em.: 29 out. 2007.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

TIMM, Luciano Benetti. Ainda sobre a Função Social do Direito Contratual no Código Civil brasileiro: justiça distributiva versus eficiência econômica. *Revista da AMDE*. Belo Horizonte, v. 2, 2009. Disponível em: <<http://www.revista.amde.org.br/index.php/ramde/article/view/26/24>>. Acesso em 02 set. 2016.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social do contrato: conceito e critérios de aplicação. *Revista de informação legislativa*, Brasília, a. 42, n. 168, p.197-213, out./dez. 2005. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/462>>. Acesso em: 16 ago. 2015.