

FUNÇÃO SOCIAL E FUNÇÃO ECONÔMICA DO CONTRATO: ANÁLISE DO RECURSO ESPECIAL 1.163.283

Laís Machado Lucas*

Sumário: 1. Considerações Introdutórias; 2. Reflexões sobre a função social do contrato; 3. A utilização do princípio da função social dos contratos nas decisões judiciais; 4. Considerações finais; 5. Referências bibliográficas.

1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS.



O presente trabalho foi motivado pela recente publicação da decisão do recurso Especial 1.163.283, que utiliza a análise econômica da função social do contrato como fundamento. Para melhor discutir a questão, far-se-á uma análise sobre o estado da doutrina sobre tema da função social do contrato, para após analisar a problemática das decisões judiciais que vem sendo prolatadas sobre a norma do artigo 421 do Código Civil. Desde já esclarece-se que não há a pretensão de se fazer qualquer análise estatística ou juízo de “certo ou errado”, mas sim, expor-se inquietações que permeiam o assunto.

2. A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.

A função social do contrato pode ser entendida como uma noção diretamente derivada do princípio da solidariedade, por isso parte-se para a análise do referido instituto, conside-

* Professora na Faculdade de Direito da PUC/RS. Doutoranda em Direito pela UFRGS.

rando-o como um dos reflexos do modelo de Estado Social adotado pelo Brasil, em consonância com os preceitos solidaristas positivados na Constituição Federal de 1988.

Obviamente que não se desconhece, tampouco se despreza, os entendimentos que creditam a origem da função social do contrato a outros preceitos constitucionais, como o valor social da livre iniciativa¹ e a função social da propriedade². Opta-se pela ligação direta ao princípio da solidariedade, pois se considera este como a “pedra fundamental” dos ideais do Estado Social, que norteia e abarca todos os demais institutos jurídicos. Isto quer dizer que, por mais que não haja referência

¹ Um dos defensores do “valor social da livre iniciativa” como fundamento da função social do contrato é Antonio Junqueira de Azevedo, que no paradigmático parecer das Distribuidoras de Combustíveis, assim lecionou: “A ideia de função social do contrato está claramente determinada pela Constituição, ao fixar, como um dos fundamentos da República, o valor social da livre iniciativa (art. 01º, inciso IV); essa disposição impõe, ao jurista, a proibição de ver o contrato como um átomo, algo que somente interessa às partes, desvinculado de tudo o mais. O contrato, qualquer contrato, tem importância para toda a sociedade e essa asserção, por força da Constituição, faz parte, hoje, do ordenamento positivo brasileiro – de resto, o art. 170, caput, da Constituição da República, de novo, salienta o valor geral, para a ordem econômica, da livre iniciativa”. (JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Princípios do Novo Direito Contratual e Desregulamentação do Mercado...* p. 142). Acerca da livre iniciativa, filiamo-nos a ideia de Judith Martins-Costa, para quem este princípio constitucional está ligado diretamente à liberdade de contratar, sendo esta última, instrumento para que se efetive o mandamento fundamental da Carta Magna brasileira. (MARTINS-COSTA, Judith, *Reflexões sobre o Princípio da Função Social dos Contratos*. In: CUNHA, Alexandre dos Santos (org.). *O Direito da Empresa e das Obrigações e o Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 227).

² Arnold Wald entende que a função social do contrato decorre da função social da propriedade. Em artigo publicado sobre o tema dos contratos, assim se posiciona o autor: “Trata-se, no fundo, de aplicação do princípio constitucional que, após assegurar o direito de propriedade privada (art. 5º, XXII), determina que a mesma deverá atender a sua função social (art. 5º, XXIII). Como o texto constitucional se refere à propriedade em sentido lato, considerando-a como abrangendo todos os direitos patrimoniais, é evidente que inclui a proteção e a definição das finalidades dos direitos de crédito, entre os quais se destacam os que são oriundos dos contratos”. (WALD, Arnold. *O Novo Código Civil e a Evolução do Regime Jurídico dos Contratos*. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 130, São Paulo, 2003, p. 48-49).

expressa ao “social” em diversos institutos jurídicos, a solidariedade permeia o que está positivado e, ainda, serve de parâmetro para interpretação, pelos operadores do direito, das situações não contempladas pela lei³.

Neste sentido, considera-se que a função social da propriedade e o valor social da livre iniciativa derivam também, assim como a função social do contrato, diretamente do princípio da solidariedade, não havendo necessidade, nem motivo lógico que justifique a criação de uma categoria de “sub-princípios” derivados dos “princípios”, que por sua vez derivam do objetivo fundamental positivado na Carta Magna⁴. Nelson Rosendal⁵ utiliza apropriada figura de linguagem para esta situação, referindo que estes princípios (valor social da livre iniciativa, função social da propriedade, função social do contrato, entre outros) são todos filhos da mesma genitora, qual seja, a solidariedade.

A partir dessas considerações evidencia-se a filiação à corrente doutrinária que entende ser “a função social do contrato” um princípio e não uma regra. Princípio este que está dire-

³ Há que se referir posicionamento contrário do ministro Eros Roberto Grau, que entende não haver ingerência da “solidariedade” na disciplina contratual: “Os consumidores são protegidos não por solidariedade, como querem alguns; vale dizer: na proteção de que gozam não é produto de sentimento de solidariedade, porém expressiva de uma estratégia para a promoção da fluência do mercado”. (GRAU, Eros Roberto. Um Novo Paradigma dos Contratos? In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 05, janeiro/março 2001, Rio de Janeiro: Padma, 2000, p. 82).

⁴ Neste sentido, a lição de Humberto Theodoro Junior: “Entre todas as pessoas, há de prevalecer o princípio constitucional da solidariedade, mesmo quando esteja em jogo a livre iniciativa, também assegurada como princípio fundamental (CF, arts, 1º, IV e 3º, I)...” (O Contrato e sua Função Social. 03 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 137). E, ainda, a doutrina de Judith Martins-Costa: “O princípio da função social do contrato, ora acolhido expressamente no Código Civil (art. 421 e 1.228, §1º) constitui, em termos gerais, a expressão da socialidade no Direito privado, projetando em seus corpora normativos e nas distintas disciplinas jurídicas a diretriz constitucional da solidariedade social (CF, art. 03º, III)”. (MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o Princípio da Função Social dos Contratos. p. 218,219).

⁵ ROSENVALD, Nelson. *Dignidade Humana e Boa-Fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 111.

tamente ligado ao objetivo constitucional “solidário” do Estado Brasileiro, e que dá limite ao exercício da autonomia privada, traduzida simplesmente, na dicção do artigo 421, pelo ato de contratar. Assim, forte na doutrina de Alexy⁶, temos que a função social é um mandado de otimização para a prática da autonomia privada, isto é, o contrato sempre deve ter como limite a sua função social (que será definida em momento oportuno).

O princípio da função social vem previsto em forma de cláusula geral⁷, técnica legislativa comum aos códigos de caráter social⁸, por conferirem mobilidade ao sistema, dando ao

⁶ Robert Alexy, na obra *Teoría de los Derechos Fundamentales*, faz precisa distinção entre regras e princípios, a saber: “El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos. En cambio, las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio”. (ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 86-87). Ainda sobre esta temática tem-se a lição de Riccardo Guastini, que entende serem os princípios fundamentos ou justificação para outras regras, não necessitando aqueles de iguais elementos embaixadores eis que são percebidos como óbvios, evidentes e/ou justos no ordenamento em que estão presentes. (GUASTINI, Riccardo. *Distinguendo. Estudios de Teoría y Meta-teoría del Derecho*. Barcelona: Gedisa, 1999, p. 151)

⁷ Sobre o tema, oportuna a lição de Eduardo Sens dos Santos: “Não se há de confundir, entretanto, a técnica legislativa das cláusulas gerais com os princípios. Pelas cláusulas gerais pode-se muito bem inserir no corpo legislativo um princípio, tornando-o expresso, mas isso não quer dizer que toda cláusula geral encerre um princípio. O que ocorre costumeiramente é que os princípios, que em geral também contém noções imprecisas por estarem imbuídos de valores, são enunciados em termos vagos, assim como as cláusulas gerais. Por isso é comum encontrar referências à “cláusula geral da boa-fé”, por exemplo, já que a alusão diz respeito ao princípio”. SANTOS, Eduardo Sens dos. O Novo Código Civil e as Cláusulas Gerais: Exame da Função Social do Contrato. In: *Revista de Direito Privado*, n. 10, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 17.

⁸ Sobre este tema das cláusulas gerais como técnica legislativa é importante referir

intérprete a função crucial de adequar o “mandado de otimização” ao caso concreto, respeitados os usos e costumes da época em que se aplica.

No Código Civil de 1916, notadamente pelo seu caráter individualista e pelo modelo liberal de contrato que adotava, fruto da conjuntura econômica, política e social em que foi concebido, não se encontrava nenhum dispositivo semelhante ao atual artigo 421, da lei vigente. A referência expressa à “função social do contrato”, na legislação, deu-se somente no Código de 2002, sendo reflexo da nova ordem social, em partes ditada pela Constituição Federal de 1988 e, também, pelos princípios norteadores do novo diploma civil, quais sejam, a eticidade, a operabilidade e, principalmente, a socialidade⁹.

Muito embora a previsão legislativa só tenha se efetivado no ano de 2002, a preocupação com a repercussão social do contrato há muito já ocupava a melhor doutrina, que entendia pela precariedade da concepção do instituto no diploma de 1916.

Darcy Bessone, já nos anos de 1949¹⁰ e 1960¹¹, expunha a necessidade de um “dirigismo” do Estado na disciplina contratual. Em que pese o autor não fizesse uso literal da expressão “função social do contrato”, chamava a atenção para a

artigo “As Cláusulas Gerais como Fatores de Mobilidade do Sistema Jurídico”, de lavra da Professora Judith Martins-Costa. A autora conclui que os atuais Códigos não podem ter a pretensão de abarcar todo o direito, sendo as cláusulas gerais meio “unificador” e “vivificador” para a manutenção de um sistema aberto. MARTINS-COSTA, Judith. As Cláusulas Gerais como Fatores de Mobilidade do Sistema Jurídico. In: *Revista do Tribunais*, v. 680, 1992, p. 45 e seguintes.

⁹ A socialidade é o princípio que visa colocar os valores coletivos a frente dos valores individuais; já a eticidade busca a superação do formalismo técnico-jurídico, para fazer valer o espírito da codificação e de suas ideias fundamentais; por fim, a operabilidade tem por finalidade adequar os institutos jurídicos às exigências técnicas de outras áreas de conhecimento, como por exemplo, a economia (direito da empresa). REALE, Miguel. Visão Geral do Novo Código Civil. In: *Revista de Direito Privado*, v. 09, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 12-15.

¹⁰ BESSONE, Darcy. *Aspectos da evolução da teoria dos contratos*. São Paulo: Saraiva, 1949.

¹¹ BESSONE, Darcy. *Do Contrato*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

valoração irrestrita da vontade das partes e da liberdade de contratar. Isso porque, esta liberdade pertencia a uma minoria, sendo atropelada pela desigualdade reinante entre as partes. Ponderou, ainda, o referido autor, que as transformações ocorridas no modo de contratar, em especial a disseminação dos contratos de adesão, chamavam o Estado a uma observação mais aproximada das relações entre particulares, “para impedir que os fracos sejam espoliados pelos fortes, assim, como para assegurar o predomínio dos interesses sociais sobre os individuais”¹².

Miguel Reale, em 1975, também comungava da mesma preocupação de Darcy Bessone, tanto que, ao ser incumbido de realizar o Projeto do atual Código Civil, este incluiu como parágrafo do Título dos Contratos, o então artigo 420, com a seguinte redação: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Instado a justificar esta norma, assim respondeu:

Firme consciência ética da realidade econômica norteia a revisão das regras gerais sobre a formação dos contratos e a garantia de sua execução equitativa, bem como as regras sobre a resolução dos negócios jurídicos em virtude de onerosidade excessiva, às quais vários dispositivos se reportam, dando a medida do propósito de conferir aos contratos estrutura e finalidade sociais. É um dos tantos exemplos de atendimento da “socialidade” do direito¹³.

Há de se destacar, ainda, o texto de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, publicado em 1986, onde a autora, ao discorrer sobre Contratos Agrários, conclui que a doutrina da “função social” não deveria se restringir somente a este tipo contratual, mas sim, haveria de dilatar-se por todo o Direito Civil¹⁴.

¹² BESSONE, Darcy. *Aspectos da evolução da teoria dos contratos*. p. 111.

¹³ Justificativa apresentada por Miguel Reale, sobre o anteprojeto do Código Civil, ao então Ministro da Justiça Dr. Armando Falcão.

¹⁴ Nas palavras da autora: “O exame destes instrumentos legislativos resulta na compreensão lúcida da presença da doutrina da função social, orientando e condi-

Independentemente da noção de “função social dos contratos” que era adotada pela doutrina civilista que nas décadas de 50, 60, 70, 80 e 90 já se preocupava com o assunto, o que importa referir é que os juristas já percebiam que o contrato considerado como mera expressão da autonomia da vontade dos indivíduos contratantes, não mais se ajustava a realidade. Urgia a readequação da ideia de contrato, tanto de cunho legislativo (que já estava por nascer, com o Anteprojeto de Código Civil) como de cunho interpretativo.

É nesse contexto que ocorre o paradigmático caso que concretizou a função social do contrato, na década de 90. O “*leading case*” foi objeto de parecer de lavra de Antonio Junqueira de Azevedo, datado de 28 de outubro de 1997, usualmente conhecido como o “Caso das Distribuidoras de Combustíveis”.

O doutrinador foi consultado pela Distribuidora de Produtos de Petróleo Ipiranga acerca da eventual responsabilidade por violação contratual de terceiro, que não era parte do contrato firmado entre a Distribuidora e o Posto Revendedor. A situação fática motivadora desta consulta teve origem com a desregulamentação do mercado de combustíveis, na década de 90, que possibilitou a operação dos postos denominados de “ban-

onando os contratos agrários, de modo a promover o progresso e a ascensão social aos usuários da terra e a assegurar a estabilidade da atividade agrária. Se esta é a visão que podemos ter dos contratos, tal como estão considerados no âmbito agrário, como estariam estes mesmo atos jurídicos, sendo encarados pelo direito comum, contemporaneamente? Apenas no Direito Agrário, - cujas normas não se fixam em nenhum dos dois clássicos campos do Direito, o Público e o Privado, mas excedem esta tradicional dicotomia, de modo a conferir às suas normas provadas um caráter de ordem pública -, apenas neste novo e peculiar ramo da Ciência Jurídica poderemos encontrar a presença deste dado sócio-condicionante? Por certo não. A tendência, como tivemos oportunidade de mencionar, dilata-se para além deste ramo do Direito, cuja natureza já o torna tão susceptível de transformações e de adoção de novas fórmulas. Dilata-se, inclusive, para o próprio Direito Civil, e nele reflete sua vocação social, digamos, pioneira”. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A Função Social do Contrato. In: *Estudos Jurídicos*, v. 19, n. 47, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo/RS, 1986, p. 106-107.

deira branca”. Estes postos revendedores, por não ostentarem a marca de nenhuma Distribuidora (por exemplo, a Ipiranga) poderiam comprar livremente combustíveis de qualquer Distribuidora. Já os considerados “postos com bandeira” eram os que ostentavam de forma visível a marca da Distribuidora ao qual estavam vinculados. Estes estavam vinculados à Distribuidora por força de exclusividade contratual e também pelas Portarias 61¹⁵ e 63¹⁶, ambas de 1995, do Ministério das Minas e Energia, que previam a exclusividade em favor da Distribuidora, bem como o dever desta de não vender combustível a posto revendedor que ostentasse bandeira diversa da sua.

Ocorre que, em 1997, as Portarias 08 e 09, do mesmo Ministério, alteraram as regras, e não deixaram tão clara a questão da exclusividade, como era nas Portarias 61 e 63/95. Com isso, esta matéria passou somente a ser apreciada nos contratos firmados entre Distribuidoras e Postos Revendedores, restando claro que haveria quebra contratual, mesmo que não houvesse cláusula de exclusividade expressa nos contratos, quando os Postos Revendedores adquirissem combustíveis de outras Distribuidoras. Isso porque, o simples fato de ostentar a bandeira de uma Distribuidora e não vender o produto desta mesma poderia (como ainda pode) gerar problemas quanto à proteção da marca e também engano aos consumidores.

No entanto, a questão posta em debate pela Distribuidora Ipiranga dizia respeito à possibilidade de responsabilização da Distribuidora que vendeu combustível a um Posto Revendedor que ostentava bandeira de outra marca. Ou seja, a questão residia na violação de um contrato por um terceiro que não fazia parte do mesmo.

Em resposta a consulta, Antonio Junqueira de Azevedo ponderou, inicialmente, que aos três clássicos princípios con-

¹⁵ Art. 11: O revendedor varejista que exibir a marca de identificação comercial de uma distribuidora, somente poderá adquirir combustíveis da referida distribuidora.

¹⁶ Art. 18: A distribuidora não poderá fornecer combustíveis a revendedores varejistas vinculados a outra distribuidora.

contratuais, datados do século XIX, quais sejam, a liberdade contratual, a obrigatoriedade do pacto e a relatividade dos efeitos contratuais, somaram-se mais três novos princípios para conformar o direito dos contratos à realidade social: boa-fé objetiva, equilíbrio econômico do contrato e função social do contrato. Este último, no entanto, é o que melhor resolveria a questão das Distribuidoras, pois “trata-se de preceito destinado a integrar os contratos numa ordem social harmônica, visando impedir tanto aqueles que prejudiquem a coletividade, quanto os que prejudiquem ilicitamente pessoas determinadas”¹⁷.

Neste sentido, concluiu que a função social do contrato conduz a uma releitura do princípio da relatividade, não para tornar os terceiros parte do pacto, mas sim para coibir atitudes de terceiros que comportam-se como se o contrato não existisse. Assim, entendeu que a Distribuidora Ipiranga, nestes casos, além de ter direito de ação contra seus Postos Revendedores por inadimplemento contratual, possui direito que a ampare contra as Distribuidoras que intervenham no pacto, seja para impedir o ato ilícito (venda para seus revendedores), seja para pleitear a indenização pertinente, quando já cometido o delito.

A grande importância deste parecer está no fato dele delimitar a função social do contrato, atrelando-a ao princípio da relatividade. Este foi o primeiro passo para uma sistematização de uso do princípio, intentando tornar este fundamento para responsabilidade de terceiros que intervenham prejudicialmente no pacto. A partir deste caso e com a iminência da publicação do Código Civil de 2002, a doutrina civilista nacional começou uma verdadeira empreitada com intuito de conceituar, definir, caracterizar, sistematizar a tão debatida “função social do contrato”.

Em que pese as cláusulas gerais sejam consideradas uma técnica legislativa que forneça mobilidade aos sistemas

¹⁷ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Princípios do Novo Direito Contratual e Desregulamentação do Mercado...* p. 141

jurídicos, sendo este um ponto positivo para a adequação das normas à realidade vigente¹⁸, a vagueza semântica e imprecisão de significado que as permeiam atormenta os juristas no momento da aplicação dos preceitos. Isso porque, um instituto que permite mais de uma interpretação traz aos jurisdicionados uma insegurança jurídica quanto à aplicação da norma, ficando estes “a mercê” do subjetivismo do intérprete.

A função social do contrato é exemplo clássico da aludida imprecisão. No ponto anterior, embora não tenha sido este o seu objetivo, percebeu-se que, mesmo antes da entrada em vigor do Novo Código, os doutrinadores já arriscavam atribuir significados ao princípio; significados estes que perpassavam as ideias de intervenção do Estado nos pactos, postura ética antes, durante e após a contratação, manutenção da equidade na relação contratual, flexibilização do princípio da relatividade, responsabilização de terceiros intervenientes de forma prejudicial, entre outras não explicitadas de forma tão cristalina como as aqui referidas. O dado relevante aqui é que, imaginando que os doutrinadores referidos no ponto anterior fossem julgadores, em um caso concreto, poderíamos ter no mínimo três posições diferentes (leia-se três decisões distintas) para a interpretação do mesmo instituto.

Com a promulgação do Código atual a situação tornou-se ainda mais intrigante. Inúmeras foram as publicações de livros, artigos, comentários, e outros tantos estudos que versaram sobre a função social do contrato. Vê-se, ainda, a inquietação sobre tema, que mesmo após treze anos de promulgação do

¹⁸ Vide os ensinamentos de Gerson Branco: “A característica das cláusulas gerais é a sua mobilidade e capacidade de adaptar-se às transformações sociais, permitindo que fatos não previstos pelo legislador sejam objeto de disciplina no caso concreto. As mudanças sociais ocorridas posteriormente à edição de lei contendo cláusulas gerais provocam alterações na maneira como a cláusula geral deve ser preenchida, pois ela precisa ser consoante à realidade posta em litígio. Essa característica torna o texto elástico e aberto às transformações sociais que possam vir a ocorrer.” BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Função Social dos Contratos: Interpretação à Luz do Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 140.

artigo 421, este ainda continua sendo objeto de estudos acadêmicos, que buscam desvendar a sua exata significação e outros vieses que lhe atribuem.

É impossível catalogar todas as publicações feitas sobre a função social do contrato, seja pelo seu número expressivo, seja pela variedade das fontes. Entende-se ser o método mais proveitoso de aprofundar o tema segregar os autores pelas suas linhas de pensamentos, de acordo com as correntes mais sólidas e reconhecidas sobre o instituto. Por vezes, no entanto, será necessário explicitar um autor em específico, tendo em vista a peculiaridade de seu pensamento, mesmo que isolado dos demais.

Uma primeira corrente de entendimento da função social do contrato, que tem Giselda Hironaka como expoente, diz ser a funcionalização do instituto a prevalência dos interesses públicos sobre os interesses privados. Por esta linha de raciocínio, este princípio atuaria como “freio da liberdade contratual”, sujeitando as partes contratantes e seus atos, aos interesses da coletividade e às “exigências do bem comum”. O contrato seria meio para promover a igualdade entre as partes e para o atendimento dos interesses da coletividade, em detrimento dos interesses individuais¹⁹.

¹⁹ Os pensamentos desta doutrinadora vêm expostos em duas obras, das quais destacamos dois trechos para melhor ilustrar: “Enfim, o que se deu neste interregno de passagem, desde a vitória burguesa até o paradigma da pós-modernidade, foi a sujeição da vontade dos contratantes ao interesse público, como se por atuação de um verdadeiro freio que moderasse a liberdade contratual; tudo em nome do interesse coletivo e em atenção às exigências do bem comum. O modelo atual pede e espera uma abertura maior do sistema outrora tão fechado a valorações externas e, para tanto, procura injetar-se de bases principiológicas novas ou, no máximo, renovadas”. (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Contrato: Estrutura Milenar de Fundação do Direito Privado*. In: *Revista do Advogado*, n. 68, Associação dos Advogados de São Paulo, dezembro de 2002, p. 80). “A doutrina da função social emerge, assim, como uma dessas matrizes, importando em limitar institutos de conformação nitidamente individualista, de modo a atender os ditames do interesse coletivo, acima daqueles do interesse particular, e, importando, ainda, em igualar os sujeitos de direito, de modo que a liberdade que a cada um deles cabe, seja igual para todos”. (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *A Função Social do*

Outra vertente considera que o princípio da função social do contrato guarda relação com a justiça contratual e o equilíbrio entre as partes e suas obrigações. De acordo com este entendimento, a função social do contrato só será alcançada quando houver paridade entre as partes e lealdade na conduta das mesmas. Paulo Nalin²⁰ coloca que a função social do contrato, nesta senda, possui um aspecto intrínseco, que pode ser traduzido como a observância de outros preceitos, tais como a igualdade material, a equidade e a boa-fé objetiva. Assim, valendo-se das palavras deste autor, para o atendimento do "contrato funcionalizado, são inadmissíveis efeitos contratuais que aniquilem uma das partes do contrato, que vulnere um setor da cadeia de consumo, que distanciem as posições econômicas envolvidas"²¹.

Rui Rosado de Aguiar Junior²² considera que o contrato que atinge a função social deve pautar-se por critérios de Justiça; Justiça esta que deve ser atendida pelas partes e perseguida pelo juiz em caso de conflito que careça de decisão. Muito embora este doutrinador não demonstre claramente quais seriam os elementos, requisitos ou condutas que levariam o contrato à Justiça, pode-se inferir através dos ensinamentos de outro autor, Bruno Miragem²³, que trilha o mesmo caminho de Rui Ro-

Contrato. p. 95)

²⁰ NALIN, Paulo. A Função Social do Contrato no Futuro Código Civil Brasileiro. In: *Revista de Direito Privado*, n. 12, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 56.

²¹ NALIN, Paulo. A Função Social do Contrato no Futuro Código Civil Brasileiro. p. 60.

²² Nas palavras do autor: "A realização da função social do contrato, portanto, agora prevista expressamente no Projeto, exige que para a sua compreensão e interpretação atenda-se ao valor "Justiça". As partes devem atender; o Juiz deve procurar a realização da justiça. A liberdade contratual somente é concedida para que seja alcançada a sua função social". AGUIAR JUNIOR, Rui Rosado de. Projeto de Código Civil – As Obrigações e os Contratos. In: *Revista dos Tribunais*, v. 775. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 19-20.

²³ MIRAGEM, Bruno. Função Social do Contrato, Boa-Fé e Bons Costumes: Nova Crise dos Contratos e a Reconstrução da Autonomia Negocial pela Concretização das Cláusulas Gerais. In: MARQUES, Cláudia Lima (org.). *A Novo Crise do Con-*

sado, que a Justiça contratual se perfectibiliza através do equilíbrio entre as prestações do contrato²⁴. Miragem ressalta, contudo, que o critério de Justiça contratual pode variar conforme o espírito social vigente em cada época. Daí, conclui-se, por esta corrente de pensamento, que a função social do contrato poderá sofrer variações conforme o aspecto social do momento em que será aplicada.

Eduardo Senz, em dois artigos publicados sobre o tema²⁵, analisa a função social do contrato como sendo a expectativa que a sociedade onde ele está inserido tem deste instituto jurídico. Explica o autor que, na era do liberalismo, a sociedade, especialmente a burguesia, tinha a esperança de ver, através do contrato, seus direitos de propriedade e sua autonomia privada plenamente garantidos e protegidos. Isto é, no Estado Liberal, a função social do contrato traduzia-se pela preservação que este instituto daria a autonomia dos indivíduos e dos direitos de propriedade.

Já no Estado Social a função do contrato nada mais é do que o atendimento das normas do Código Civil, em especial aquelas que refletem ideais solidaristas, tais como a boa-fé objetiva, a possibilidade de revisão em caso de onerosidade excessiva, a proibição ao abuso de direito e as cláusulas abusivas, etc. Neste caso, a função social do contrato se efetivaria através daquele contrato que cumpre todos esses preceitos que

trato: Estudos Sobre a Nova Teoria Contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 201.

²⁴ Neste sentido vale destacar a lição de Cláudia Lima Marques, *in verbis*: “No novo conceito de contrato, a equidade, a justiça veio ocupar o centro de gravidade, em substituição ao mero jogo de forças volitivas e individualistas, que, na sociedade de consumo, comprovadamente só levava ao predomínio da vontade do mais forte sobre a do vulnerável. É o que o novo Código Civil denomina “função social do contrato”, novo limite ao exercício da autonomia da vontade”. (MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de defesa do Consumidor. 1998, p. 167).

²⁵ SANTOS, Eduardo Sens dos. O Novo Código Civil e as Cláusulas Gerais... p. 09-37; SANTOS, Eduardo Sens dos. A Função Social do Contrato – Elementos para uma conceituação. In: *Revista de Direito Privado*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n 13, janeiro-março de 2003, p. 99-111.

se coadunam com o Estado Social. Pela visão deste doutrinador, percebe-se a norma constante do art. 421, do Código Civil de 2002, como um princípio “mãe” que albergaria os demais princípios da legislação civil, em contraponto com a ideia de Nelson Rosendal, e também das diretrizes adotadas por esta pesquisa.

Posicionamento semelhante ao de Eduardo Sens dos Santos é encontrado nas reflexões de Luciano Benetti Timm, pelo menos no que tange à abrangência da função social do contrato. Este autor entende ser esta expressão sinônima da “solidariedade social” e alberga em seu âmbito os “sub-princípios” da boa-fé objetiva, da lesão, da onerosidade excessiva, da proteção da ordem pública e da proibição ao abuso de direito. Entende ainda, que a generalização das inovações do atual Código em um único princípio ajudou na sistematização da legislação²⁶.

Não se pode olvidar, todavia, que Luciano Timm é um crítico à função social do contrato e a “socialização” das relações privadas. Com base na doutrina da Análise Econômica do Direito²⁷, Luciano Timm entende que tornar o contrato um espaço socializado, em detrimento da vontade das partes, pode trazer reflexos extremamente negativos para o mercado. A socialização das relações contratuais permite a revisão dos pactos, o que acaba por gerar instabilidade e insegurança jurídica, aumentando os custos de transações. Estes custos, segundo a leitura econômica feita pelo autor, serão novamente distribuídos para a coletividade, ou seja, todos suportam a revisão de um pacto feito somente por um indivíduo²⁸. Neste sentido,

²⁶ TIMM, Luciano Benetti. *O Novo Direito Contratual Brasileiro*. p. 142-143.

²⁷ Sobre esta teoria, além dos estudos de Luciano Timm, destaca-se as obras nacionais de Decio Zylbersztajn e Rachel Sztajn (ZYLBERSZTAJN, Decio e SZTAJN, Rachel. *Direito & Economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005) e Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi (PINHEIRO, Armando Castelar e SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005).

²⁸ Nas palavras do autor: “Nesse sentido, a revisão judicial dos contratos empresariais pode trazer instabilidade jurídica, insegurança ao ambiente econômico, acarre-

conclui que a manutenção dos pactos seria a melhor forma de atender a função social do contrato²⁹.

Outra leitura que se destaca é Nelson Rosenvald, entendendo ele ter a função social do contrato uma tríplice atuação: a) a proteção contra contratos que ofendem interesses metaindividuais ou o princípio da dignidade da pessoa humana; b) proteção contra contratos que ofendem terceiros; e c) proteção contra terceiros que ofendem contratos³⁰. Os dois últimos pontos serão melhor analisados quando se tratar da flexibilização do princípio da relatividade como uma das formas de definição da função social do contrato. Portanto, o que importa na visão de Nelson Rosenvald³¹ é o entendimento deste autor de haver uma função social interna ao contrato, na medida em que o ordenamento jurídico deve proteger as pessoas de si mesmas, contra contratações que ofendam a sua dignidade. Entende, neste sentido, que a boa-fé objetiva não se presta a esse tipo de proteção, sendo este princípio adequado para as situações dos contratantes entre si. Para ilustrar a questão, o doutrinador refere contratos havidos com emissoras de televisão, onde os contratados são expostos a situações vexatórias, como “*reality shows*” ou “pegadinhas”. Entende que nestes casos, a função social do contrato seria proteger os contratados de situações degradantes, mesmo que estes tivessem exercido livremente a sua liberdade de contratar.

A corrente que atualmente mais se fortalece e mais tem

tando mais custos de transação para as partes negociarem e fazerem cumprir o pacto. Ademais, aqueles casos de revisão dos pactos demonstram que, muitas vezes, o risco ou mesmo o prejuízo da interferência é distribuído entre a coletividade, que acaba por pagar pelo inadimplente judicialmente protegido”. (TIMM, Luciano Benetti. *Direito, Economia e a Função Social do Contrato: em busca dos verdadeiros interesses coletivos protegíveis no mercado de crédito*. In: *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 33, São Paulo, 2006, p. 17).

²⁹ TIMM, Luciano Benetti. *O Novo Direito Contratual Brasileiro*. p. 135.

³⁰ ROSENVALD, Nelson. A Função Social do Contrato. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. *Direito Contratual Temas Atuais*. São Paulo: Método, 2007, p. 95-96.

³¹ ROSENVALD, Nelson. A Função Social do Contrato. p. 88-92.

seguidores é aquela que entende a função social do contrato como uma flexibilização do princípio da relatividade. Segundo esta linha de pensamento, o princípio constante no artigo 421 é ferido quando o contrato interfere prejudicialmente na esfera jurídica de terceiros ou quando terceiros, alheios a relação contratual, causam dano ao pacto existente. Para a maioria dos doutrinadores que defendem esta tese, a função social do contrato revela sua face principalmente nos efeitos externos do contrato, sendo as internalidades resolvidas por outras normas, tais como a boa-fé objetiva, probidade, onerosidade excessiva, lesão, abuso de direito, entre outras. Diz-se, assim, que a função social do contrato visa à proteção da tutela externa do crédito, bem como serve de fundamento para a responsabilização do terceiro interveniente de forma prejudicial no contrato³².

Vale destacar sobre esta linha de pensamento o posicionamento de Luis Renato Ferreira da Silva, que mesmo entendendo ser a função social do contrato a flexibilização do princípio da relatividade, a enxerga por outro ângulo. Este autor entende que os contratos, em uma sociedade massificada, extrapolam os limites das partes contratantes, quando um grupo inicia a cadeia de inadimplemento. O inadimplemento de um contrato poderá levar ao descumprimento de outros vários que dependiam daquele. Assim, os efeitos externos de um pacto repercutem em tantos outros, até chegar ao desequilíbrio das relações econômicas. Por isso, defende este autor, que o contrato atenderá também a sua função social na medida em que permitir as trocas econômicas e a manutenção e cumprimento das convenções livremente acertadas³³.

Não se pode deixar de referir as contribuições do Con-

³² Dentre os principais doutrinadores que defendem esta linha argumentativa, encontram-se Antonio Junqueira de Azevedo, Judith Martins-Costa, Humberto Theodoro Junior, Calixto Salomão Filho, Eugenio Facchini Neto, Luis Renato Ferreira da Silva e Teresa Negreiros.

³³ FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. A Função Social do Contrato no Novo Código Civil e sua Conexão com a Solidariedade Social. p. 152-158.

selho de Justiça Federal, que em suas Jornadas de Direito Civil, construiu alguns enunciados objetivando a melhor compreensão do artigo 421. Estes enunciados concentram praticamente todas as vertentes doutrinárias até aqui esposadas, dando à função social do contrato significações várias, tais como tutela externa do crédito, promoção de trocas úteis e justas, proteção a interesses metaindividuais e à dignidade da pessoa humana e também dando eficácia intracontratual ao princípio³⁴.

Diante desse panorama, confirma-se a hipótese da intrigante variedade de conceituações que são atribuídas à função social do contrato, sendo latente uma tentativa de sistematização do princípio, o que se passa a refletir a seguir.

Não restam dúvidas, por todo o até aqui exposto, que a disciplina contratual sofreu fortes influências do princípio da solidariedade, como forma de atingimento dos objetivos da República, bem como de melhor adequação das relações privadas no contexto da sociedade atual.

No entanto, quando se está tratando da seara contratual, a premissa básica para o estudo ou análise de qualquer situação é que o contrato é o instrumento jurídico dado aos particulares para que livremente criem vínculos, constituam obrigações e autorregulem seus interesses econômicos e patrimoniais, não podendo nenhum princípio, por mais relevante que seja, desna-

³⁴ Enunciado 21, Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal: a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral, a impor a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito. Enunciado 22: a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral, que reforça o princípio da conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas.

Enunciado 23: 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.

Enunciado 360, da IV Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal e Superior Tribunal de Justiça: Art. 421. O princípio da função social dos contratos também pode ter eficácia interna entre as partes contratantes.

turar este instituto. O contrato é, na correta concepção de Enzo Roppo³⁵, a veste das operações econômicas e também o meio para a circulação de riquezas e trocas patrimoniais; é um espaço conferido aos indivíduos para que exerçam condutas não estritamente tipificadas (por exemplo, a celebração de contratos atípicos), mas que estão acobertadas pelo manto do ordenamento jurídico através do “instituto contrato”. Assim, como bem observa Gerson Branco³⁶, “o fato de o contrato ter um caráter instrumental e de o princípio da socialidade incidir sobre as relações contratuais não transforma o contrato em servo dos interesses sociais exteriores à liberdade de contratar”.

Além disso, a liberdade de contratar encerra outro princípio constitucional, qual seja, a livre iniciativa, que é tanto princípio fundamental da República Federativa do Brasil³⁷, quanto princípio geral da ordem econômica³⁸. Como bem salienta Judith Martins-Costa, a liberdade de contratar é instrumento da livre iniciativa econômica, devendo ser assegurado aos contratantes os meios necessários para que possam, através do contrato, atingir seus interesses que são objeto daquele pacto e também satisfazer o exercício da atividade econômica que lhe é intrínseco.

Podem-se iniciar as críticas ao artigo 421 do Código Civil com o evidente equívoco do legislador ao funcionalizar a liberdade de contratar, quando o que deveria ser objeto da norma é a liberdade contratual. A liberdade de contratar guarda relação com o livre arbítrio que cada sujeito tem de firmar contratos ou não; revela-se como ápice da autonomia da vontade

³⁵ ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Almedina: Coimbra, 2009, p. 11

³⁶ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Função Social dos Contratos*. p. 296.

³⁷ Art. 1º, Constituição Federal. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

³⁸ Art. 170, Constituição Federal. 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, observados os seguintes princípios: [...].

em vincular-se a outrem por contrato ou pacto que lhe seja assemelhado.

Em outro sentido tem-se a liberdade contratual, que diz respeito ao conteúdo do contrato, ou seja, as suas cláusulas. Esta sim deve ser objeto da norma, a fim de tornar-se passível de funcionalização, pois não pode o Estado, através do Poder Legislativo, coibir a contratação, mas sim, resta-lhe a opção de vigiar o conteúdo dos pactos³⁹.

E mesmo a intervenção estatal na substância dos contratos deve ser vista com cautela. Pela finalidade econômica e mercadológica inerente ao contrato, deve-se ter muito cuidado com toda e qualquer teoria que tente tornar o contrato meio de promoção de justiça social, distribuição de rendas ou instrumento para promover a igualdade entre os particulares. Como já lecionou Humberto Theodoro Junior⁴⁰, os interesses dos con-

³⁹ Neste sentido HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Contrato...* p. 85-86 e MIRAGEM, Bruno. *Função Social do Contrato, Boa-Fé e Bons Costumes...* p. 205.

⁴⁰ Diante da precisão dos argumentos do autor, pede-se vênia para transcrever o trecho na íntegra: “Função quer dizer papel que alguém ou algo deve desempenhar em determinadas circunstâncias. Falar em função, portanto, corresponde a definir um objetivo a ser alcançado. Por exemplo: à jurisdição cabe a função de compor conflitos, ao legislativo, a de editar normas jurídicas. À administração, a de gerir a coisa pública etc. Dessa maneira, afirmar que o contrato tem a função de promover a 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 riqueza, de modo que pressupõe sempre partes diferentes com interesses diversos e opostos. Para harmonizar interesses conflitantes, o contrato se dispõe a ser útil na definição de como aproximá-los e dar-lhes uma saída negocial. Nunca, todavia, o interesse do vendedor será igual ao do comprador, o do mutuante igual ao do mutuário, o do locador igual ao do locatário, o do empreiteiro igual ao do dono da obra e assim por diante. Quem visa ao lucro, obviamente, não pode ser igual a quem busca o uso ou a propriedade da coisa alheia. O lucro do comerciante (fornecedor) não tem como ser igual à vantagem que o comprador espera obter com o uso do bem adquirido. As coisas são tão heterogêneas que não chegam a oferecer parâmetro algum para cotejo. Daí a imprestabilidade da tese de que o contrato teria a função social de igualar os contratantes. Somente sendo diferentes e exercendo interesses opostos, as pessoas praticarão o contrato, como instrumento naturalmente

tratantes jamais serão equiparados; um quer vender, outro quer comprar. Dessa forma, o contrato deve ser analisado como o meio para que o patrimônio se desloque de uma pessoa à outra, com o fim precípuo de promover a circulação das riquezas e movimentar o mercado e a economia.

Sendo assim, não cabe ao legislador ou aos intérpretes da norma tentar resolver problemas de cunho social (como, por exemplo, a igualdade formal e material) através da limitação de um instituto jurídico cujo objetivo é diverso; devem sim, os juristas, como referido no capítulo anterior, diferenciar as pessoas e os “personagens” que estas representam em determinados momentos da sua atuação social. Por isso, não se pode tratar da mesma forma o cidadão consumidor, frente a uma grande fornecedora de produtos e este mesmo cidadão, agora “comprador”, quando realiza um contrato de compra e venda de um veículo com outro cidadão “vendedor”, que não pratica esta contratação com habitualidade. A função social de cada um destes contratos é diversa, se é que existe nos dois pactos.

Analisando o contrato do ponto de vista das partes e da situação em que ele ocorre, justifica-se a discordância em considerar a função social do contrato como princípio que torna os “interesses coletivos prevalentes sobre os individuais” ou então que “promove a justiça e a equidade nas contratações”, pois nem sempre, ainda mais em âmbito civil (leia-se, em situação de paridade), tem-se situações que se assemelhem a prejuízo coletivo ou a aniquilamento de uma parte. Para situações de grande desigualdade ou de ameaça ao bem comum, o ordena-

destinado à função específica de realizar a circulação dos bens patrimoniais entre pessoas diferentes e que atuam como objetivos distintos no relacionamento jurídico estabelecido. [...] Nesse enfoque, o terreno próprio para cogitar-se da função social do contrato é o da modernização do antigo e inflexível princípio da relatividade dos contratos. Os problemas do comportamento ético entre os próprios contratantes são cuidados por outro princípio novo do direito contratual, que vem disposto no art. 422, do novo Código Civil, e não naquele que implanta a função social do contrato (art. 421).” THEODORO JUNIOR, Humberto. *O Contrato e sua Função Social*. 03 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 45-48.

mento jurídico possui regramentos próprios, que dão as possíveis soluções para contratos “infratores” e que, principalmente, levam o intérprete a analisar o objeto em questão com a racionalidade apropriada. São exemplos desse argumento, os microssistemas de proteção ao consumidor, ao meio ambiente e à concorrência.

Com isso, não se está dissociando, ou incompatibilizando, o contrato civil dos ideais sociais e éticos presentes no espírito da legislação vigente, até porque se acredita ser plenamente possível o desenvolvimento do mercado e da economia dentro de padrões de eticidade, sem que haja espoliação de nenhum indivíduo⁴¹. A tentativa aqui é de delimitar a atuação da função social do contrato, buscando a definição que mais se coadune com o ordenamento, para também lhe retirar o véu da insegurança pela imprecisão. A própria lei civil é capaz de resolver as mais variadas situações, pois dotada que é de inúmeros outros princípios que podem resolver questões entre as partes contratantes, de equilíbrio nas prestações, de uso adequado do instituto jurídico, etc. Pode-se, inclusive, fazer uma analogia com o direito penal, no que tange a aplicação do Princípio da Especialidade, onde sempre se deve primar pela aplicação da lei mais específica ao caso concreto, em detrimento da lei geral.

Neste sentido, entende-se ser a função social, na sua mais “fecunda”⁴² significação, a flexibilização do princípio da relatividade. Isso quer dizer que o contrato firmado entre duas partes não pode causar prejuízos a terceiros, tampouco terceiros alheios a uma relação contratual podem intervir nesta de forma danosa. Daí concordar-se com a posição de Humberto Theodoro Junior⁴³, Luis Renato Ferreira da Silva⁴⁴, Eugênio

⁴¹ Sobre este tema destaca-se a obra “Sobre Ética e Economia” de Amartya Sen. (SEN, Amartya. *Sobre Ética e Economia*. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999)

⁴² Toma-se a liberdade de utilizar a expressão de Eugênio Facchini Neto, no texto: A Função Social do Direito Privado. p. 171.

⁴³ “Quando o art. 421 do novo Código brasileiro fala em função social para o contra-

Facchini Neto⁴⁵, Teresa Negreiros⁴⁶, entre outros.

Assim, o princípio da função social dos contratos serve de fundamento para responsabilização de terceiros que interferem indevidamente em um pacto que conheciam o conteúdo, bem como para coibir que contratos já estabelecidos, causem danos ou interferências a sujeito estranho ao contrato⁴⁷. E,

to está justamente cogitando dos seus efeitos externos, isto é, daqueles que podem repercutir na esfera de terceiros”. (THEODORO JUNIOR. Humberto. *O Contrato e sua Função Social*. p. 41)

⁴⁴ “Nesta idéia de cooperação entre os contratantes, mas também em relação a terceiros, é que se concretiza, no direito contratual, a idéia solidarista insculpida no inciso I do artigo 3º da Constituição Federal. Eu diria que, dentro da relação contratual, entre os contratantes, atua a idéia de cooperação por intermédio do princípio da boa-fé (regra do artigo 422 do Novo Código). Já os reflexos externos das relações contratuais, ou seja, as relações contratuais enquanto fatos que se inserem no mundo de relações econômicas e sociais, com isto integrando-se à cadeia produtiva e afetando a esfera de terceiros, impõem um comportamento solidário, cooperativo, que é atuado pela idéia de função social no exercício da liberdade contratual (regra do artigo 421 do Novo Código)”. (FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. *A Função Social do Contrato no Novo Código Civil e sua Conexão com a Solidariedade Social*. p. 153).

⁴⁵ “[...] Eis aí, em nossa visão, os mais fecundos efeitos da função social do contrato (amenização da regra do relativismo contratual, bem como na regra da vinculatividade dos contratos). Efetivamente, dentre os efeitos que a doutrina vem apontando como derivadas de uma concepção social do contrato, um dos mais importantes é a flexibilização do princípio da relatividade dos contratos, segundo o qual o negócio realizado entre duas partes, não beneficia nem prejudica terceiros.” (FACCHINI NETO, Eugênio. *A Função Social do Direito Privado*. p. 171).

⁴⁶ “Partimos da premissa de que a função social do contrato, quando concebida como um princípio, antes de qualquer outro sentido e alcance que se lhe possa atribuir, significa muito simplesmente que o contrato não deve ser concebido como uma relação jurídica que só interessa às partes contratantes, impermeável às condicionantes sociais que o cercam e que são por ele próprio afetadas” (NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato...* p. 208).

⁴⁷ Cabe referir os ensinamentos de Teresa Negreiros: “Sai fortalecida, pois, a tese de que o princípio da função social condiciona o exercício da liberdade contratual e torna o contrato, como situação jurídica merecedora de tutela, oponível erga omnes. Isto é, todos tem o dever de se abster da prática de atos (inclusive a celebração de contratos) que saibam prejudiciais ou comprometedores da satisfação de créditos alheios. A oponibilidade do contrato traduz-se, portanto, nesta obrigação de não fazer, imposta àquele que conhece o conteúdo de um contrato, embora dele não seja parte. Isto não implica tornar as obrigações contratuais exigíveis em face de terceiros (é o que a relatividade impede), mas impõe aos terceiros o respeito por tais situações jurídicas, validamente constituídas e dignas da tutela do ordenamento (é o que a

quando essas interferências forem inevitáveis, que seja considerada a posição do terceiro, objetivando a finalidade máxima do contrato de promover trocas econômicas úteis, que atendam o interesse das partes e a preservação do pacto⁴⁸.

Para as questões atinentes às condutas dos contratantes entre si, o ordenamento jurídico disponibiliza o princípio da boa-fé objetiva e da probidade, positivados no artigo 422⁴⁹. Quando a questão tangenciar a desproporção entre as obrigações de contratante e contratado, em evidente caso de onerosidade excessiva, a legislação ampara com a disciplina do artigo

oponibilidade exige)” (NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato...* p. 273).

⁴⁸ A doutrina americana também se ocupa do terceiro interveniente na contratação: “The interference tort comes in two varieties: interference with contract and interference with prospective business relations. The former describes a situation in which a valid contract exists between two parties. The latter has no such requirement—prospective contractual relations are sufficient for such an action. A prima facie case for either action requires that the plaintiff prove the following: (1) A valid contract or business relationship existed between the plaintiff and the breaching party; (2) the defendant knew of such a contract or relationship between the parties; (3) the defendant disrupted this relationship; and (4) the defendant’s acts did in fact harm the plaintiff. Proof of malice or ill will on the part of the defendant is not required. (VARADARAJAN, Deepa. *Tortious Interference and the Law of Contract: The Case for Specific Performance Revisited*. Yale Law Journal, Vol. 113, p. 735/760. Nov/Dez 2001. p. 741/742). Tradução livre: “A interferência delituosa vem em duas variedades: a interferência em um contrato existente e a interferência em negócios futuros. O primeiro descreve um situação em que existe um contrato válido entre as duas partes. O último tem a prospecção de relações contratuais como suficientes para tal ação. O *fumus boni juris* para qualquer ação requer que o autor prove o seguinte: (1) a relação de um contrato válido ou negócio existente entre o requerente e o terceiro infrator; (2) a ciência do réu sobre o contrato ou relação negocial entre as partes, (3) a alteração desta relação, e (4) o prejuízo do autor. Não é exigida prova de dolo ou má-fé por parte do réu.”

⁴⁹ Sobre a eficácia interna da boa-fé objetiva, importante destacar a lição de Humberto Theodoro Junior: “Em suma, para delimitar o campo de atuação dos dois novos princípios consagrados pelo Código Civil de 2002 – a boa-fé objetiva e a função social do contrato – impõe-se acentuar o seguinte: a) ofende-se o princípio da boa-fé quando o contrato, ou a maneira de interpretá-lo ou de executá-lo redundam em prejuízo injusto para uma das partes; b) ofende-se a função social quando os efeitos externos do contrato prejudicam injustamente os interesses da comunidade ou de estranhos ao vínculo negocial”. (THEODORO JUNIOR. Humberto. *O Contrato e sua Função Social*. p. 51).

478⁵⁰ ou ainda, quando constatada a lesão, a regra do artigo 157⁵¹. Já quando se está diante de conduta que extrapole os limites da legislação, se tem a norma do artigo 187, configurando o abuso de direito.

Aplicar-se-á, então, o princípio da função social do contrato como fundamento para a responsabilização de terceiros que interfiram em relações contratuais dos quais são conhecedores, bem como para responsabilização de contratantes, que em virtude de contratos firmados, causem dano a sujeitos alheios ao pacto, excluídas as hipóteses anteriormente aventadas e outras que venham surgir, com regulação mais específica, que deslinde melhor a controvérsia. Importante salientar que esta flexibilização das partes vale também para a esfera processual, em demandas envolvendo contratos e terceiros que inicialmente não foram signatários dos mesmos, e que acabaram por algum motivo, sendo atingidos pelo pacto.

Importa destacar que, independentemente das transformações pelas quais o contrato tenha passado no curso da história e daquelas que ainda virão, este também é instrumento de pacificação social, na medida em que dá aos cidadãos garantia chancelada pelo Estado das trocas econômicas que realizam. Assim, a função social do contrato, em uma visão operacionalizada, desempenha a relevante tarefa de preservação dos pactos, blindando estes de atos de terceiros, bem como a de proteção da coletividade, ao coibir efeitos danosos de contratos perante esta.

3. A UTILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL

⁵⁰ Artigo 478: Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

⁵¹ Artigo 157: Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.

DOS CONTRATOS NAS DECISÕES JUDICIAIS

As normas são endereçadas aos juízes. É a esta conclusão que se chega quando se depara com um sistema jurídico que privilegia as cláusulas abertas, dotadas de inúmeros significados. Por mais que doa na doutrina que não exerce a judicância, como coloca Eros Grau⁵², são os magistrados os intérpretes autênticos do texto legal, pois somente a eles é conferido o poder da decisão. É certo que os juízes podem formar as suas convicções com base em doutrina e nas teses construídas pelas partes, mas ao fim, serão sempre as suas percepções da norma que prevalecerão para o julgamento do caso concreto.

Surge assim, o denominado “direito dos juízes”⁵³, que dá significado às normas de conteúdo vago e aberto através das decisões prolatadas em casos concretos, que podem ou não estar amparadas em doutrina especializada sobre o tema.

⁵² Nas palavras do autor: “O juiz, intérprete autêntico, não de limita a confrontar o comportamento das partes com o que o direito posto pelo Estado prescreve. É ele, o juiz, quem produz essas normas veiculadas ou pelas disposições contratuais ou pelo texto legal. Por mais que isso revolte a doutrina, o fato é que a segurança e a previsibilidade dos contratos passam, necessariamente, pela interpretação que as cortes dão às avenças. Não é a lei, em última instância, que dá segurança e permite o cálculo e a previsibilidade aos agentes econômicos, mas o Poder Judiciário. Os textos (= as leis) nada dizem; eles dizem o que os intérpretes dizem que eles dizem. Por isso apenas uma Jurisprudência firme pode legar aos agentes econômicos a segurança e a previsibilidade de que necessitam”. (GRAU, Eros Roberto. *Um Novo Paradigma dos Contratos?* p. 79-80.)

⁵³ “Sabe-se, contudo, que ao recorrer o legislador à utilização de cláusulas gerais, como é o caso do art. 421, ele outorga ao aplicador do direito a competência para preencher tais cláusulas de significado em acordo com o caso, utilizando sua aplicação e permitindo a obtenção na situação, sob exame, de uma solução apropriada. Razão pela qual se entende que esta competência de reconhecimento e aplicação da função social do contrato será indicada ao Poder Judiciário, a partir do que se formará o denominado direito dos juízes. A cláusula geral do art. 421 é assim uma norma endereçada ao juiz, para que este torne preciso seu significado de acordo com o caso, e segundo os esforços de interpretação que a doutrina e a jurisprudência desenvolverão em razão da nova realidade social e suas exigências quanto à finalidade e à utilidade da concepção de contrato no direito brasileiro”. (MIRAGEM, Bruno. *Função Social do Contrato, Boa-Fé e Bons Costumes...*p. 206)

A atividade de juiz supõe, como adjetivo primeiro, a imparcialidade. Ao menos é isso que se espera do magistrado em um caso concreto; que avalie os posicionamentos de autor e réu e julgue conforme as regras do ordenamento jurídico, afastando qualquer outro interesse que privilegie uma parte injustamente, em detrimento da outra. Ocorre que, mesmo que repleta de imparcialidade, a atividade de juiz é realizada por uma pessoa que “está juiz” naquele momento, e que pelo seu caráter humano é dotado de sentimentos e pré-concepções, por vezes inafastáveis, mesmo no exercício da jurisdição. A imparcialidade, assim, pode ser maculada mesmo quando o juiz não se vincule a uma parte ou outra do processo, mas sim quando imprime suas convicções pessoais na decisão (aspecto subjetivo), em detrimento de orientações legais e doutrinárias (aspecto objetivo).

Na tentativa de explicar o modo como os juízes tomam suas decisões, Richard Posner, no livro *How Judges Think*⁵⁴, coloca várias perspectivas que tentam mapear a tomada de decisão pelos magistrados. Muito embora a obra seja baseada na experiência jurisdicional norte-americana, que difere bastante da realidade brasileira, alguns pontos podem ser pensados no cenário nacional, pois tratam de análises mais introspectivas do juiz, do que do sistema judiciário como um todo.

O autor destaca que quando os juízes estão diante de casos mais corriqueiros, buscam as decisões em julgados semelhantes, sem acrescentar de forma significativa suas concepções individuais na decisão. No entanto, quando o caso é menos usual, sem número expressivo de antecedentes que possam amparar a decisão, o juiz é obrigado a prolatar uma sentença/acórdão com características inéditas, quando então recorrerá a outros critérios, mais complexos (pela notada abstração) que a simples aplicação da lei ou de precedentes. Basicamente são

⁵⁴ POSNER, Richard. *How Judges Think*. Harvard: Harvard University Press, 2008.

nove esses critérios: a) atitudinal, quando o juiz julga com base nas suas convicções políticas; b) estratégica, quando o juiz mede as suas decisões preocupado com a opinião de outros atores, tais como outros juízes, políticos, mídia, público, etc; c) psicológica, quando o juiz revela em sua decisão limitações cognitivas ou emoções sobre a questão em debate; d) legalista, quando o juiz julga adstrito ao texto legal e aos precedentes judiciais, mesmo que não muito adequados ao caso concreto; e) sociológica, quando o juiz preocupa-se com as repercussões da decisões no grande grupo (sociedade); f) econômica, quando o juiz julga com base em critérios econômicos, refletindo um caráter utilitarista e racional na decisão; g) pragmática, quando o juiz preocupa-se essencialmente com as consequências de sua decisão; h) fenomenológica, quando o juiz une as teorias legalista e pragmática; i) organizacional, quando o juiz decide evitando a dissidência com os outros agentes judiciais⁵⁵.

Mesmo que se admita a existência de somente estas hipóteses elencadas por Posner, destaca-se o caráter inconsciente e intuitivo das decisões judiciais, até mesmo pela escolha pessoal de cada juiz de qual critério utilizará para julgar. O problema é que a escolha do critério pode determinar o resultado da decisão e, ainda, a prolação desta pode se dar em uma instância onde não haja mais recursos cabíveis, submetendo-a a um caráter subjetivo perigoso.

Em pesquisa realizada no ano de 2013, o Conselho Nacional de Justiça apontou que existiam aproximadamente 11.361 juízes estaduais em atividade no Brasil. A conclusão do CNJ foi pela deficiência no número de magistrados existentes no país, o que acarreta o retardo nos julgamentos dos processos⁵⁶. A problemática que se apresenta diante de números tão significativos, ainda mais quando se possui um ordenamento

⁵⁵ POSNER, Richard. *How Judges Think*. Harvard: Harvard University Press, 2008, p. 19-56.

⁵⁶ Pesquisa disponível em <<http://www.cnj.jus.br>> Acesso em 23 de agosto de 2015.

com regras abertas, é que esses 11.361 juízes possam interpretar a mesma norma utilizando cada um, algum dos diferentes critérios adotados por Posner, por exemplo, o que acabaria por levar o sistema a um total estado de insegurança jurídica, pois se poderia ter pelo menos nove interpretações para a mesma regra.

Especificamente sobre a disciplina contratual, mais um fator de relevo se apresenta no momento da interpretação do caso concreto: o próprio contrato. Isso significa dizer que será dado ao juiz a prerrogativa de interpretação e escolha das normas aplicáveis ao caso, bem como de dar significado às cláusulas de um contrato, do qual toma conhecimento dentro do processo judicial.

O que parece ser o mais preocupante, é que as decisões judiciais envolvendo contratos, não afetam tão somente as partes contratantes, mas sim a sociedade como um todo. Exemplo desta assertiva é o chamado “Risco País”, conhecido no cenário nacional por “Risco Brasil”, que se configura como um índice demonstrativo do grau de segurança para investimentos estrangeiros no país. Este índice, que é calculado pelo Banco americano JP Morgan, baseia-se em critérios como risco cambial⁵⁷, risco de conversibilidade⁵⁸, risco político⁵⁹, risco soberano⁶⁰ e

⁵⁷ “Política cambial de taxas de paridade fixas ou flutuantes, sempre existe um grau de incerteza sobre a taxa de conversão entre a moeda local e a moeda de investimento inicial (geralmente o dólar) no momento da realização dos resultados”. FECOMÉRCIO. Risco Soberano da Dívida: Componentes, Efeitos e Tendências. In: *Cadernos Fecomércio de Economia*. São Paulo: Federação do Comércio do Estado de São Paulo, maio 2005, p. 10.

⁵⁸ “Possibilidade de conversão entre as moedas. Alguns países operam com diversas regras de conversão que vão desde a proibição de converter moeda em moeda estrangeira para alguns investimentos até períodos de quarentena, e pedágios tributários ou mesmo de taxas penalizadas no câmbio de conversão”. FECOMÉRCIO. Risco Soberano da Dívida... p. 11.

⁵⁹ “Risco de alterações significativas no ambiente político que inviabilize de alguma maneira o cumprimento de contratos anteriores”. FECOMÉRCIO. Risco Soberano da Dívida...p. 11.

⁶⁰ “É a reunião de todos os riscos somados a outros aspectos idiossincráticos, que cada agente aloca a determinado investimentos”. FECOMÉRCIO. Risco Soberano

risco regulatório⁶¹. Este último é o que guarda relação com a estabilidade ou não das decisões judiciais, sobre matérias relevantes aos mercados, tais como, direito de propriedade, mercado de capitais e contratos. Segundo as regras de cálculo do Risco País, os mercados (entenda-se “os países”) que possuem posicionamentos claros e “pétreos” sobre propriedade e contratos costumam ter um índice de risco mais baixo, o que atrai os investimentos externos, contribuindo assim para o desenvolvimento do Estado como um todo⁶².

Esse parece ser o principal problema. As decisões judiciais, especialmente as aqui analisadas sobre a função social do contrato preocupam-se em resolver o caso que ali está posto, sem qualquer filtro em relação a repercussões futuras daquela decisão. Veja-se que não se defende que direitos individuais sejam negados em face da coletividade, mas sim que o princípio em análise não seja utilizado como fundamento para todo e qualquer caso, tenha ele relação ou não com a função social do contrato.

Exemplo disso, são as inúmeras decisões que se utilizam do artigo 421 para reafirmar os preceitos do Código de Defesa do Consumidor. Os casos mais recorrentes são os litígios com seguradoras, envolvendo planos de saúde, para a extensão de cobertura de tratamentos e/ou medicamentos não previstos no contrato inicial (Apelação 2009.001.68560⁶³, do

da Dívida... p. 11.

⁶¹ “Diz respeito a mudanças de regras pré-estabelecidas, ainda que o ambiente político não seja alterado. Mudanças tributárias, problemas com a configuração de propriedade, modificações nos aspectos legais dos investimentos financeiros, etc.” FE-COMÉRCIO. Risco Soberano da Dívida... p. 11.

⁶² FE-COMÉRCIO. Risco Soberano da Dívida...p. 1-32.

⁶³ EMENTA: SEGURO SAÚDE. CONTRATO DE LONGA DURAÇÃO VIGENTE HÁ 20 ANOS. NÃO PAGAMENTO DE UMA MENSALIDADE. CANCELAMENTO INDEVIDO DO CONTRATO. TEORIA O ADIMPLEMENTO SUBTANCIAL. O contrato de seguro saúde vigia há mais de 20 anos quando se deu o cancelamento do plano de saúde em razão do suposto inadimplemento de uma mensalidade, referente ao mês de outubro de 2007. A motivação do cancelamento é incontroversa nos autos. A ré pretende pautar a legalidade de sua conduta no art.13,

Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, (Apelação 688.472-4/6, do Tribunal de Justiça de São Paulo⁶⁴); manutenção de contrato de seguro de vida, denunciado unilateralmente pela seguradora por implementação de idade; o reconhecimento do adimplemento substancial em contratos de arrendamento e alienação fiduciária, em ações ajuizadas por instituições financeiras credoras (Agravado nominado na apelação cível 2009.001.49986, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro⁶⁵ Agravado de instru-

II, da Lei 9656/98 e no disposto em cláusula contratual. Descabida a defesa da ré, pois é certo que qualquer norma sobre pactos de adesão, bem assim as próprias cláusulas contratuais, são interpretadas à luz de sua função social e boa-fé (arts. 113 e 421 do Código Civil). Desse modo, o cancelamento do seguro saúde, mesmo que tenha havido a notificação, consoante prevê o art. 13, II, da Lei 9656/98, não opera efeitos, pois é incompatível com o princípio que resguarda a boa-fé do consumidor (arts. 4º, III e 51, IV, da Lei nº 8.078/90). A prova dos autos indica que sequer houve inadimplemento das mensalidades e sim a mora do pagamento de uma mensalidade (outubro/2007). Os efeitos decorrentes do atraso no adimplemento das obrigações devem se restringir às sanções pecuniárias (juros de mora, multa e correção), não no cancelamento do contrato. Aqui tem perfeita aplicação a teoria do adimplemento substancial do contrato, a qual abrange a situação do inadimplemento mínimo, posto que as conseqüências da mora devem ser proporcionais ao descumprimento do contrato. Assim sendo, há que se relativizar o direito da seguradora em rescindir o contrato, ainda que pautado na lei e em cláusula contratual. Nesse diapasão, correta a r.sentença que, aplicando a teoria do adimplemento substancial, restabeleceu o contrato de seguro saúde indevidamente cancelado. NEGAR SEGUIMENTO AO RECURSO. ART.557 DO CPC.(Apelação cível 2009.001.6856, Nona Câmara Cível, Relator Roberto de Abreu e Silva, julgado em 07 de dezembro de 2009, disponível em <<http://www.tjrj.jus.br>> Acesso em 10 de julho de 2010).

⁶⁴ EMENTA: Plano de saúde - Recusa de cobertura de exame prescrito por médico especialista para paciente em iminente risco de morte, portadora de carcinoma papilífero da tireóide multifocal, sob o argumento de não constar do rol de procedimentos instituídos pela ANS - Inadmissibilidade - Exclusão que contraria a função social do contrato [art. 421 do CC], retirando da paciente a possibilidade de sobrevivência com dignidade - Manutenção da sentença que determinou a realização da tomografia denominada "PET-SCAN" às custas da seguradora - Sentença mantida - Não provimento. (Apelação 688.472-4/6, Quarta Câmara de Direito Privado, Relator Ênio Santarelli Zuliani, julgado em 10 de dezembro de 2009, disponível em <<http://www.tjsp.jus.br>> Acesso em 03 de julho de 2010).

⁶⁵ EMENTA: Agravado nominado. Arrendamento mercantil. Teoria do adimplemento substancial do contrato. Agravada que deixou de pagar apenas duas das trinta e sete parcelas ajustadas. Observância dos princípios da boa fé objetiva, da função social do contrato, e o da vedação do enriquecimento sem causa, que orientam no sentido

mento 990.09.300035-0, do Tribunal de Justiça de São Paulo⁶⁶); e o desconto limitado a 30% dos vencimentos do devedor em casos de empréstimos consignados, com desconto em folha de pagamento.

Em todos esses casos, é pacífica a aplicação do CDC, inclusive sendo reconhecida a pertinência desta legislação nos acórdãos analisados. No entanto, a função social do contrato é utilizada como mais um argumento, sem que seja explicitada, na maioria das vezes, qual a sua correlação com o caso em comento.

Em outro caso que merece ser utilizado como exemplo, a função sócia foi utilizada como fundamento para a manutenção do equilíbrio entre as partes, bem como para justificar a intervenção estatal nos pactos⁶⁷. Cuida-se de acórdão que reconheceu o direito a resolução de um contrato havido entre o comprador e o vendedor de um veículo, que apresentava vícios ocultos. No momento da contratação, o vendedor garantiu ao

da preservação do contrato. Pretende a recorrente a reconsideração do *decisum*, sem nada acrescentar possa modificar aquela decisão. Desprovemento do recurso. (Agravado inominado na apelação cível 2009.001.49986, Nona Câmara Cível, Relatora Denise Levy Tredler, julgado em 15 de dezembro de 2009, disponível em <<http://www.tjrj.jus.br>> Acesso em 10 de julho de 2010).

⁶⁶ EMENTA: ALIENAÇÃO FIDUCIARIA EM GARANTIA – Ação de busca e apreensão - Purga da mora pelo valor das prestações atrasadas - Admissibilidade - Ausência de prejuízo ao credor - Venda da coisa que, sabidamente, não seria bastante para a satisfação do crédito - Necessidade de manutenção da função social do contrato - Agravo denegado. (Agravo de instrumento 990.09.300035-0, Vigésima Quinta Câmara de Direito Privado, Relator Sebastião Flávio, julgado em 01 de dezembro de 2009, disponível em <<http://www.tjsp.jus.br>> Acesso em 03 de julho de 2010)

⁶⁷ Ementa: Embargos à Execução - Embargante que sustou o cheque objeto da ação executiva - circunstância em que o embargante na qualidade de vendedor de bem móvel omitiu do embargante (comprador), informações relevantes acerca da origem do bem - Existência de vício oculto que autoriza o desfazimento do negócio e justifica a desconstituição do título executivo - Inobservância dos princípios da função social do contrato, probidade e boa-fé objetiva que devem nortear os negócios jurídicos - Inteligência dos artigos 421 e 422 do Código Civil - sentença de procedência confirmada - Recurso não provido. (Apelação 7364504-0, Trigésima Oitava Câmara de Direito Privado, Relator Spencer Almeida Ferreira, julgado em 26 de agosto de 2009, disponível em <<http://www.tjsp.jus.br>> Acesso em 03 de julho de 2010)

comprador que possuía o bem móvel há bastante tempo, não tendo este nunca apresentado qualquer problema. No curso da instrução processual restou demonstrado que o vendedor, na realidade, possuía o veículo somente há dois meses, configurando-se a sua deslealdade no momento da celebração do contrato. Como razão de decidir, o Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo utilizou o argumento de que “o estado pode intervir nas relações entre os contratantes, a fim de garantir que o contrato cumpra sua função social e para que as prestações assumidas pelas partes não se vejam extremamente desequilibradas”. Referiu, para complementar, os artigos 421 e 422 do Código Civil.

Como já aventado são inúmeras as decisões que utilizam a função social do contrato como um mero argumento retórico, para justificar uma decisão de “procedência ou improcedência”. Vê-se, pelos exemplos trazidos que em nenhum dos casos haveria a necessidade de se recorrer a tal princípio, pois havia legislação mais específica e pertinente para a resolução do caso.

A boa notícia é que o Superior Tribunal de Justiça, em recente decisão, parece ter se atentado para todos os problemas que envolvem a aplicação desmedida que normas com vagueza semântica. No RESP 1.163.283⁶⁸, de relatoria do Ministro Luis

⁶⁸ RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CONTRATOS DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO. SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. LEI N. 10.931/2004. INOVAÇÃO. REQUISITOS PARA PETIÇÃO INICIAL. APLICAÇÃO A TODOS OS CONTRATOS DE FINANCIAMENTO. 1. 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. 2. Todo contrato de financiamento imobiliário, ainda que pactuado nos moldes do Sistema Financeiro da Habitação, é negócio jurídico de cunho eminentemente patrimonial e, por isso, solo fértil para a aplicação da análise econômica do direito. 3. A Lei n. 10.931/2004, especialmente seu art. 50, inspirou-se na efetividade, celeridade e boa-fé perseguidos pelo processo civil moderno, cujo entendi-

Felipe Salomão, foi utilizada a análise econômica com standard de interpretação da função social do contrato, o que parece, pelo menos para o caso que foi objeto deste recurso especial, a solução mais adequada.

Antes de adentrar-se especificamente na análise da decisão é importante que se diga que os problemas de interpretação da função social do contrato passam justamente pela equivocada noção de “função social” em relação a este instituto. Não se pode considerar um instrumento privado de trocas de riquezas, como é o contrato, como ambiente para se promover “justiça social”. Aliás, não se crê que sequer tenha sido este o sentido da norma do artigo 421. Portanto, em se tratando de direitos de cunho patrimoniais – como normalmente são aqueles que estão bojo de um contrato – precisa-se de critérios mais objetivos para interpretá-los, surgindo daí a boa opção pela teoria da análise econômica do direito.

Foi neste sentido o voto do Ministro Luis Felipe Salomão. Tratava-se de caso envolvendo financiamento imobiliário, onde o Banco recorrente insurgia-se contra o acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que havia afastado a vigência dos artigos 46 e 50 da Lei 10.931/2004 sobre os contratos de financiamento de imóveis. O ponto nevrálgico era

mento é de que todo litígio a ser composto, dentre eles os de cunho econômico, deve apresentar pedido objetivo e apontar precisa e claramente a espécie e o alcance do abuso contratual que fundamenta a ação de revisão do contrato. 4. As regras expressas no art. 50 e seus parágrafos têm a clara intenção de garantir o cumprimento dos contratos de financiamento de imóveis tal como pactuados, gerando segurança para os contratantes. O objetivo maior da norma é garantir que, quando a execução do contrato se tornar controvertida e necessária for a intervenção judicial, a discussão seja eficiente, porque somente o ponto conflitante será discutido e a discussão da controvérsia não impedirá a execução de tudo aquilo com o qual concordam as partes. 5. Aplicam-se aos contratos de financiamento imobiliário do Sistema de Financiamento Habitacional as disposições da Lei n. 10.931/2004, mormente as referentes aos requisitos da petição inicial da ação de revisão de cláusulas contratuais, constantes do art. 50 da Lei n. 10.931/2004. 6. Recurso especial provido. (RESP 1.163.283/RS, Ministro Relator Luis Felipe Salomão, DJe 04/05/2015)

justamente o artigo 50, pois este determina que o autor deve indicar na petição inicial nos contratos que tenha por objeto obrigações decorrentes de empréstimo, financiamento ou alienação imobiliários o valor que pretende controverter e depositar os valores que entende incontroversos.

O Ministro inicia seu voto defendendo que a Lei 10.931/2004 foi uma das reações do legislador para o desenvolvimento da economia do país, especialmente para o aumento de crédito disponível. E, com base nos ensinamentos de Luciano Timm, expõe que o contrato tem um papel institucional e social de oferecer ao mercado segurança e previsibilidade nas relações econômicas. Assim, conclui o Ministro Relator:

“Dessa forma, a análise econômica do direito aposta no efetivo cumprimento dos contratos de financiamento de imóveis, por exemplo, como pressuposto para o sucesso do sistema como um todo. A satisfação de cada um dos pactos celebrados entre financiadores e financiados, individualmente considerados, é requisito para que o sistema evolua e garanta o beneficiamento de outros tantos sujeitos, de toda coletividade interessada”,

(...)

“Todo contrato de financiamento imobiliário, ainda que pactuado nos moldes do Sistema Financeiro de Habitação, é negócio jurídico de cunho eminentemente patrimonial e, por isso, solo fértil para a aplicação da análise econômica do direito”.

O louvável desta decisão é que o Ministro Relator afastou-se das posturas “apaixonadas” em relação a função do contrato, que neste caso poderia facilmente sucumbir-se a elas por conta do direito a moradia, e fez uma análise técnica dos espíritos da legislação debatida e da repercussão deste caso no mercado como um todo.

Do conteúdo do acórdão, extrai-se o ensinamento de que não podem os intérpretes desvirtuarem os objetivos das legislações; ora, se a Lei em comento foi criada para fomentar o desenvolvimento do mercado, é neste sentido que a mesma deve ser interpretada.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Prefere-se acreditar que o cenário é otimista. Muito existam inúmeros problemas quanto a aplicação da norma estudada neste trabalho, vê-se um lampejo de esperança no Tribunal Superior. Em verdade, o que falta aos intérpretes é a contextualização do texto legal, dentro dos seus objetivos para, a partir, fazer a verdadeira interpretação da norma. É certo que o Estado brasileiro tem como fundamento a construção de uma sociedade solidária, mas será que o constituinte, quando da redação desta norma estava pensando em um contrato de compra e venda? Veja-se que os ideais de um Estado solidário terão que conviver com o regime capitalista adotado pelo sistema econômico. O privilégio de um ou de outro, certamente trará problemas para todos.



5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUIAR JUNIOR, Rui Rosado de. Projeto de Código Civil – As Obrigações e os Contratos. In: *Revista dos Tribunais*, v. 775. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- BESSONE, Darcy. *Do Contrato*. Teoria Geral. São Paulo: Saraiva, 1997.
- BESSONE, Darcy. *Do Contrato*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.
- BESSONE, Darcy. *Aspectos da evolução da teoria dos contra-*

- tos. São Paulo: Saraiva, 1949.
- BARROS, Welington Pacheco. *Contratos – Estudos sobre a Moderna Teoria Geral*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- BETTI, Emilio. *Teoria General del Negocio Jurídico*. Granada: Editorial Comares, 2000.
- BIANCA, Massimo. *Diritto Civile – Il Contratto*. Milano: Dott Giuffré, 1987
- BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Função Social dos Contratos – Interpretação à Luz do Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BRASIL, *Conselho Nacional de Justiça*. Disponível em: <www.cnj.jus.br> Acesso em 23 de agosto de 2015.
- FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 02 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- FACCHINI NETO, Eugênio. A Função Social do Direito Privado. In: *Revista da Ajuris*, v. 34, Porto Alegre, 2007.
- FIGUEIREDO, Helena Lanna. *Responsabilidade Civil do Terceiro que Interfere na Relação Contratual*, Dissertação de Mestrado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.
- FECOMÉRCIO. Risco Soberano da Dívida: Componentes, Efeitos e Tendências. In: *Cadernos Fecomércio de Economia*. São Paulo: Federação do Comércio do Estado de São Paulo, maio 2005.
- FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. A Função Social do Contrato no Novo Código Civil e sua Conexão com a Solidariedade Social. In: SARLET, Ingo. *O Novo Código Civil e a Constituição*. 02 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- FORGIONI, Paula. A Interpretação dos Negócios Empresariais

- no Novo Código Civil Brasileiro. In: *Revista de Direito Mercantil*. n. 130, São Paulo: Malheiros, 2003.
- FRADERA, Véra Maria Jacob de. O Direito dos Contratos no Século XXI: A Construção de uma Noção Metanacional de Contrato Decorrente da Globalização, da Integração Regional e sob Influência da Doutrina Comparatista. In: DINIZ, Maria Helena; LISBOA, Roberto Senise. *O Direito Civil no Século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Função Social do Contrato*. 02 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- GRAU, Eros Roberto. Um Novo Paradigma dos Contratos? In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 05, janeiro/março 2001, Rio de Janeiro: Padma, 2000.
- GUASTINI, Riccardo. *Distinguendo. Estudios de Teoria y Metateoría del Derecho*. Barcelona: Gedisa, 1999.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A Função Social do Contrato. In: *Estudos Jurídicos*, v. 19, n. 47, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo/RS, 1986.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Contrato: Estrutura Milenar de Fundação do Direito Privado. In: *Revista do Advogado*, n. 68, Associação dos Advogados de São Paulo, dezembro/2002.
- JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Princípios do Novo Direito Contratual e Desregulamentação do Mercado – Direito de Exclusividade nas Relações Contratuais de Fornecimento – Função Social do Contrato e Responsabilidade Aquiliana do Terceiro que Contribui para Inadimplemento Contratual. In: *Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Contratos*. Teoria Geral e Contratos em Espécie. 03 ed. São Paulo: Método, 2008
- MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

- MARTINS-COSTA, Judith. Um Aspecto da Obrigação de Indenizar: Notas para uma Sistematização os Deveres Pré-Negociais de Proteção no Direito Civil Brasileiro. *In: Revista dos Tribunais*, n. 867, jan/2008.
- MARTINS-COSTA, Judith, Reflexões sobre o Princípio da Função Social dos Contratos. In: CUNHA, Alexandre dos Santos (org.). *O Direito da Empresa e das Obrigações e o Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2004.
- MARTINS-COSTA, Judith. As Cláusulas Gerais como Fatores de Mobilidade do Sistema Jurídico. *In: Revista do Tribunais*, v. 680, 1992.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de defesa do Consumidor*. 03 ed. São Paulo: RT, 1998.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O Novo Regime das Relações Contratuais*. 05 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- MIRAGEM, Bruno. Função Social do Contrato, Boa-Fé e Bons Costumes: Nova Crise dos Contratos e a Reconstrução da Autonomia Negocial pela Concretização das Cláusulas Gerais. *In: MARQUES, Claudia Lima (org.). A Nova Crise do Contrato: Estudos Sobre a Nova Teoria Contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. O Conceito de Dignidade Humana: Substrato Axiológico e Conteúdo Normativo. *In: SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 02 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *O Princípio da Solidariedade*. Disponível em <<http://www.idcivil.com.br/pdf/biblioteca9.pdf>>, Acesso em 19 de novembro de 2008.
- NALIN, Paulo. A Função Social do Contrato no Futuro Código Civil Brasileiro. *In: Revista de Direito Privado*, n. 12,

- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato: Novos Paradigmas*. 02 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- NERY, Rosa Maria Barreto Borrielo de Andrade. Apontamentos sobre o Princípio da Solidariedade no Sistema do Direito Privado. In: *Revista de Direito Privado*, v. 17, 2004.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 06. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- PINHEIRO, Armando Castelar e SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.
- POSNER, Richard. *How Judges Thinks*. Harvard: Harvard University Press, 2008.
- REALE, Miguel. Visão Geral do Novo Código Civil. In: *Revista de Direito Privado*. v. 09. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Almedina: Coimbra, 1947, 2009.
- ROSENVALD, Nelson. *Dignidade Humana e Boa-Fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- ROSENVALD, Nelson. A Função Social do Contrato. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. *Direito Contratual Temas Atuais*. São Paulo: Método, 2007.
- SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. *Aplicação dos Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares e a Boa-Fé Objetiva*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.
- SANTOS, Eduardo Sens dos. O Novo Código Civil e as Cláusulas Gerais: Exame da Função Social do Contrato. In: *Revista de Direito Privado*, n. 10, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- SANTOS, Eduardo Sens dos. A Função Social do Contrato – Elementos para uma conceituação. In: *Revista de Direito Privado*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n

- 13, janeiro-março de 2003.
- SEN, Amartya. *Sobre Ética e Economia*. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil*. 06 ed., v. III, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996.
- SILVA, Caio Mario Pereira. *Instituições de Direito Civil*. v. III 11 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1986.
- TEPEDINO, Gustavo. Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Problemas de Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*. v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- TIMM, Luciano Benetti. Direito, Economia e a Função Social do Contrato: em busca dos verdadeiros interesses coletivos protegíveis no mercado de crédito. In: *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 33, São Paulo, 2006
- TIMM, Luciano Benetti. *O Novo Direito Contratual Brasileiro*. São Paulo: Forense, 2008.
- TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A Função Social do Contrato: Conceito e Critérios de Aplicação. In: CUNHA, Alexandre dos Santos. *O Direito da Empresa e das Obrigações e o Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- VARADARAJAN, Deepa. Tortious Interference and the Law of Contract: The Case for Specific Performance Revisited. In: *Yale Law Journal*, Vol. 113, p. 735/760. Nov/Dez 2001

WALD, Arnold. O Novo Código Civil e a Evolução do Regime Jurídico dos Contratos. *In: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 130, São Paulo, 2003.

ZYLBERSZTAJN, Decio e SZTAJN, Rachel . *Direito & Economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.