

PARA ALÉM DA “PRINCIPIALIZAÇÃO” DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

BEYOND THE “PRINCIPIALIZATION” OF THE SOCIAL FUNCTION OF THE CONTRACT

Carlos Nelson Konder

Professor Adjunto do Departamento de Direito Civil da UERJ. Professor do Departamento de Direito da PUC-Rio. Doutor e Mestre em Direito Civil pela UERJ. Especialista em Direito Civil pela Università di Camerino (Itália).

Resumo: O artigo aborda a trajetória percorrida pela função social do contrato, comparando-a com a função social da propriedade, e examinando as vantagens e desvantagens de sua qualificação como princípio de direito contratual, de maneira a defender que o desenvolvimento de todas as suas possibilidades interpretativas envolve a superação dessa qualificação, identificando-a como postulado metodológico-hermenêutico.

Palavras-chave: Função social do contrato; Função social da propriedade; Princípio.

Sumário: **1** Introdução – **2** Pra que serve a função? – **3** O modelo da função social da propriedade – **4** A resistência original à função social do contrato – **5** A reação de “principlização” da função social do contrato – **6** A função social do contrato para além de sua qualificação como princípio – **7** Conclusão

Abstract: The article discusses the trajectory of the “social function of the contract”, comparing it to the “social function of property”, and examining the advantages and disadvantages of their qualification as a principle of contract law. This study defends that the development of all its interpretative possibilities involves overcoming this qualification, identifying the social function of contract as a methodologic-hermeneutic postulate.

Keywords: Social contract function; Social function of property; Principle.

Summary: **1** Introduction – **2** What is the purpose of the function? – **3** The model of the social function of property – **4** The original resistance to the social function of the contract – **5** The reaction of “principlization” of the social function of the contract – **6** The social function of the contract beyond its qualification as a principle – **7** Conclusion

1 Introdução

A cada vez mais recorrente utilização da técnica legislativa das cláusulas gerais e o reconhecimento da força normativa dos princípios têm gerado grande inquietude no meio jurídico, em razão da liberdade conferida ao intérprete na fundamentação das decisões baseadas nessas estruturas normativas. A reação é ainda mais intensa quando tais normas, de alguma forma, colocam em xeque

a primazia de que desfrutavam certas prerrogativas liberais clássicas, como a autonomia privada e o direito de propriedade.

O objeto do presente estudo é a peculiar trajetória da “função social do contrato”, inaugurada legislativamente com o Código Civil de 2002. Um paralelo com a mais consolidada figura da função social da propriedade revela distinções entre o percurso das duas, em especial em razão de a função social do contrato ter sofrido um processo de “principalização”, isto é, ter sido entendida como um novo princípio de direito contratual. As singularidades desse fato, além de suas vantagens e desvantagens hermenêuticas, merecem ser objeto de exame mais atento, agora que essa trajetória já completa quase quinze anos de duração. Para tanto, a partir de esclarecimentos semânticos iniciais e de uma comparação com a função social da propriedade, pretende-se examinar as diversas correntes que buscaram dar sentido ao disposto no art. 421 do Código Civil.

2 Pra que serve a função?

O exame da função social do contrato pressupõe alguns esclarecimentos sobre conceitos que lhe servem de base, mas que com ela não se confundem. A principiar pelo próprio conceito de “função”, que se tornou fundamental na ciência do direito contemporâneo. A ideia de função, importada das ciências naturais, revela um caráter fisiológico: conduz diretamente aos efeitos, focaliza uma “consequência de determinada espécie, determinável e esperada teoricamente e/ou empiricamente observável ou inferível, e observada ou inferida”.¹ Função, assim, remete a finalidades, objetivos, utilidade, repercussões.

O conceito de função contrapõe-se e, ao mesmo tempo, conjuga-se com o de estrutura. A estrutura descreve os elementos que compõem um determinado corpo, sua morfologia, enquanto a função refere a como tais elementos atuam, o que eles fazem. Nesse sentido, sintetiza Pietro Perlingieri: enquanto a estrutura reflete o instituto “como é”, a função indica “para que serve”.² Dessa forma, a estrutura de uma cadeira é composta por pés, assento e espaldar, mas sua função é permitir sentar-se, a estrutura dos olhos é composta por córnea, cristalino, corpo vítreo, nervo ótico, etc., mas sua função é captar estímulos visuais.

Mesmo fora do Direito, se percebe então que um estudo preso exclusivamente às estruturas será sempre insuficiente, pois não será capaz de captar a

¹ EISTER, Allan W. *Função. Dicionário de ciências sociais*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1986, p. 500.

² PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 94.

dinâmica efetiva dos acontecimentos. No caso do Direito, é ainda mais grave, pois um modelo de pensamento jurídico que se prenda excessivamente ao estudo da estrutura dos institutos tende a desconsiderar as repercussões sociais da aplicação desse instituto, e hoje parte-se do pressuposto de que o Direito existe para atender à sociedade.

Em outros momentos, o objetivo de garantir certa pureza metodológica e autonomia científica ao Direito conduziu a um estudo focado nas estruturas, que seria supostamente neutro, independente de questões sociais, culturais ou históricas. Nesse sentido, Norberto Bobbio afirma que o positivismo jurídico, sob uma perspectiva dogmática, priorizava a análise estrutural dos institutos como forma de “salvaguardar a pesquisa teórica contra a infiltração de juízos de valores e de evitar a confusão entre direito positivo, o único objeto possível de uma teoria científica do direito, e o direito ideal”.³

Hoje, reconhecendo que a interdisciplinaridade contribui mais do que ameaça a ciência do direito, qualquer reflexão jurídica pressupõe também um conhecimento de outras ciências e uma atenção especial ao contexto histórico-social a que se dirige aquele direito. Em razão disso, a perspectiva se inverteu: a prioridade agora deve ser do exame da função dos institutos – o chamado “perfil funcional”. O olhar do jurista passa a compreender as repercussões da aplicação de uma norma, os interesses jurídicos em jogo, os fins que ela visa atingir, a *ratio* que a alimenta. Assim, o intérprete deixa de lado aquela postura supostamente neutra e asséptica para assumir o papel – e a responsabilidade daí decorrente – de intervenção na realidade social a que o direito se destina.

A atividade interpretativa necessariamente envolve valores, o intérprete está sempre guiado por certos fins, objetivos, indicados pelo próprio direito, que devem ser buscados. Portanto, considerando que isso é inevitável, é preferível que o intérprete assuma e explicita esses fins, para que eles possam ser debatidos democraticamente, do que ocultá-los sob o manto de uma suposta neutralidade na atribuição de significado aos enunciados normativos. Nesse sentido, a ideia de função dos institutos jurídicos é central: quando discutimos para que eles servem, estamos trabalhando não para diminuir, mas para aumentar a segurança jurídica na sua aplicação, dando uma baliza objetiva, uma diretriz, para o intérprete.

Daqui nasce um segundo conceito fundamental: o de “funcionalização” dos institutos de direito civil. Como explica Luis Renato Ferreira da Silva:

Ao supor-se que um determinado instituto jurídico esteja funcionalizado, atribui-se a ele uma determinada finalidade a ser cumprida,

³ BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura alla funzione*. Milano: Edizioni di Comunità, 1977, p. 65.

restando estabelecido pela ordem jurídica que há uma relação de dependência entre o reconhecimento jurídico do instituto e o cumprimento da função.⁴

Assim, se todo instituto tem uma função, se a identificação dessa função é central para a atividade do intérprete, e se disso decorre a instrumentalidade do instituto para a realização desses fins – sua funcionalização – resta a questão de como identificar a função do instituto, os objetivos que sua aplicação deve buscar, o valor jurídico que o justifica.

A prioridade do perfil funcional dos institutos sobre o perfil estrutural, assim como a sua consequente funcionalização, é premissa metodológica adotada por diversas escolas, inclusive pelo chamado “direito civil-constitucional”.⁵ A peculiaridade dessa metodologia, todavia, está no entendimento de que a função do instituto, envolvendo os valores que justificam a sua tutela por parte do ordenamento, se encontra necessariamente nos preceitos constitucionais, em virtude de sua superioridade hierárquica no ordenamento.⁶ A supremacia do texto constitucional impõe que todas as normas inferiores lhe devam obediência, não apenas em termos formais, mas também no conteúdo que enunciam, de forma que todo instituto de direito civil somente se justifica como instrumento para a realização das normas constitucionais.

Reconhecendo que os institutos devem ser aplicados priorizando-se sua função, e que essa função deita raízes no texto constitucional, os institutos de direito civil devem ser compreendidos como instrumentos de realização do projeto constitucional, ou seja, funcionalizados à satisfação dos princípios constitucionais.⁷ Como exemplo, pode-se falar em uma funcionalização da família e do casamento. As entidades familiares deixam de ser instituições a serem protegidas em si mesmas para servirem como instrumentos para o desenvolvimento da personalidade de seus membros.⁸ A proteção da paz doméstica, da coesão formal do grupo familiar e da integridade do vínculo conjugal eram consideradas merecedoras em si de tutela, ainda que em detrimento da realização pessoal dos seus integrantes, porque se conferia uma proteção estrutural àqueles institutos. Na medida em que

⁴ SILVA, Luis Renato Ferreira da. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 134.

⁵ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, *passim*.

⁶ SOUZA, Eduardo Nunes. Função negocial e função social do contrato: subsídios para um estudo comparativo. *Revista de Direito Privado*, vol. 54. São Paulo, abr. 2013, p. 65.

⁷ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 671.

⁸ TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: *Temas de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 395 e ss.

se funcionaliza a família e o matrimônio, a hostilidade com relação à dissolução do vínculo conjugal – seja por meio de seu impedimento, seja com a imputação de culpa a uma das partes – ou com relação a entidades familiares não calcadas no casamento heterossexual perde sua razão de ser. Na medida em que a família e o casamento servem à função do livre desenvolvimento da personalidade dos seus integrantes, serão tutelados apenas enquanto estejam efetivamente atingindo sua função; do mesmo modo, outras instituições que sirvam a esta mesma função também serão acolhidas por parte do ordenamento jurídico.

3 O modelo da função social da propriedade

O grande modelo de funcionalização de um instituto é a função social da propriedade, já que a propriedade privada foi, durante toda a era moderna, o paradigma de direito subjetivo, individual e patrimonial, refratário a qualquer instrumentalização. Assim, naturalmente, tornou-se o exemplo mais significativo de um direito cujo exercício descontrolado, guiado exclusivamente pela vontade de seu titular, poderia tornar-se incompatível com exigências mínimas decorrentes da convivência social.

Assim, naturalmente, foi contra a propriedade privada que se dirigiram os movimentos sociais ao longo do século XIX e, no plano do direito, as correntes jusfilosóficas solidaristas e socializantes. As teorias negativistas da existência de um direito subjetivo do proprietário, das quais a versão de Duguit tornou-se mais popular, representavam o extremo desse movimento: a propriedade deixava de ser um direito para tornar-se uma função imposta ao detentor de riquezas, que passa a ter o poder e a obrigação de empregar seus bens na satisfação de suas necessidades e, também, no dever de satisfazer a finalidade coletiva.⁹

Embora essa visão mais radical não tenha prevalecido, o reconhecimento de que a normatização da propriedade privada não se limitava à atribuição de um direito subjetivo individual, mas envolvia também o atendimento de uma função social, consolidou-se no meio jurídico. Posições mais reticentes buscaram mitigar o impacto dessa perspectiva, mas o seu efeito transformador foi, afinal, amplamente reconhecido: tratava-se, não apenas, de uma releitura das tradicionais limitações ao exercício do direito de propriedade, mas do próprio conceito e da legitimação do direito de propriedade. Como explica Bercovici:

⁹ SZANIAWSKI, Elimar. Aspectos da propriedade imobiliária contemporânea e sua função social. *Revista de Direito Privado*, vol. 3. São Paulo: jul./set. 2000, p. 134.

A função social é mais do que uma limitação. Trata-se de uma concepção que se consubstancia no fundamento, razão e justificação da propriedade. A função social da propriedade não tem inspiração socialista, antes é um conceito próprio do regime capitalista, que legitima o lucro e a propriedade privada dos bens de produção, ao configurar a execução da atividade do produtor de riquezas, dentro de certos parâmetros constitucionais, como exercida dentro do interesse geral. A função social passou a integrar o conceito de propriedade, justificando-a e legitimando-a.¹⁰

Dessa forma, acabou por ser superada a concepção de que o livre exercício do direito subjetivo de propriedade seria a regra e a função social da propriedade traduziria as excepcionais limitações, prevalecendo o entendimento de que, em maior ou menor medida, o reconhecimento da função social da propriedade acabava por implicar uma ressignificação da propriedade individual que, embora não fosse suprimida pela pretensão socializante, teria sua tutela condicionada ao atendimento de certos imperativos sociais.¹¹

Assim, em certa medida, a função social da propriedade, na forma em que se consolidou nos diversos ordenamentos ocidentais, não funciona como um ataque à propriedade privada, mas como uma forma de defendê-la. No entanto, essa defesa, ao refundamentar sua tutela, condiciona seu exercício internamente, oferecendo não apenas prerrogativas ao titular, mas impondo-lhe também deveres, negativos ou mesmo positivos. Nas palavras de Paulo Ferreira da Cunha, “a propriedade continua a ser, por um lado, um dos auxiliares do livre desenvolvimento da personalidade de cada homem, que dela necessita para empreender”, reduzindo-se a questão à sua justificação, que passa a residir na função social.¹² Novamente, o privilégio do perfil funcional (para que serve) e a funcionalização (reconhecimento de que o instituto deve ser instrumental à realização de certos fins) modificam a forma de conceber e aplicar o instituto. Nesse caso, a tutela da propriedade passa a ser condicionada ao atendimento de fins ditos sociais, isto é, fins que transcendem a esfera do proprietário para se inserirem na coletividade.

Esse condicionamento da tutela da propriedade ao atendimento de imperativos coletivos implica a fragmentação do tratamento normativo da propriedade.

¹⁰ BERCOVICI, Gilberto. A constituição de 1988 e a função social da propriedade. *Revista de Direito Privado*, vol. 7. São Paulo, jul./set. 2001, p. 77.

¹¹ ORLEANS, Helen Cristina Leite de Lima. Não basta ser proprietário, tem que participar: Algumas notas sobre a função social da propriedade imobiliária no direito brasileiro. *Revista de Direito Privado*, vol. 46. São Paulo, abr./jun. 2011, p. 117.

¹² CUNHA, Paulo Ferreira da. Propriedade e função social. *Revista de Direito Imobiliário*, vol. 56. São Paulo, jan./jun. 2004, p. 120.

A tradicional concepção abstrata da propriedade como direito real absoluto que garante ao seu titular um poder tendencialmente pleno e de exclusão dos demais no usar, fruir e dispor de um bem, cujos limites seriam externos e de aspecto puramente negativo, dá lugar ao reconhecimento de uma noção pluralística de distintos estatutos proprietários, os quais teriam em comum – sob uma configuração flexível – a relevância, para a tutela da senhoria sobre o bem, de interesses não proprietários.¹³ Elimar Szaniawski destaca que, nesse sentido, afirma-se, sob a inspiração de Pugliatti, a existência de uma multiplicidade de propriedades.¹⁴

Assim, como destaca Celso Antônio Bandeira de Mello, ainda que no ordenamento brasileiro há muito ocorresse condicionamentos da propriedade para atendimento de conveniências sociais, como as disposições urbanísticas para as colônias hispano-americanas ou o instituto do comisso nas concessões de sesmarias e cartas de data, no Brasil Colônia, o significado pleno da função social da propriedade é um fenômeno bem mais recente.¹⁵ O grande salto nesse movimento entre nós veio com a Constituição de 1988, que não se limitou a reconhecer a função social da propriedade, mas determinou parâmetros para sua aplicação a certas propriedades, como a propriedade urbana, que deve atender às exigências fundamentais da ordenação da cidade, expressas no plano diretor, como a propriedade rural, mediante seu aproveitamento racional e pela utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e da preservação do meio ambiente.¹⁶ Ou seja, o constituinte especificou os fins a serem atendidos por certos tipos de propriedade, fazendo com que sua tutela seja vinculada ao atendimento desses fins.

Outros tipos de propriedade, como a autoral, a industrial e a empresarial não foram regulamentadas com a mesma especificidade pelo texto constitucional. Deve-se partir, portanto, das premissas estabelecidas: (i) a referência à função social da propriedade impõe que a proteção de qualquer propriedade seja funcionalizada à satisfação de interesses coletivos; (ii) a escolha de tais interesses não fica ao alvedrio do intérprete, devendo ser fundamentados no ordenamento. Tais premissas indicam, assim, que tais propriedades restarão funcionalizadas a bens jurídicos eleitos pelo texto constitucional sob a forma de princípios que regem as atividades em que aquelas propriedades se inserem, como a cultura, a saúde, a educação, a habitação, o pleno emprego etc.

¹³ TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada. *Temas de direito civil, cit.*, p. 303 e ss.

¹⁴ SZANIAWSKI, Elimar. Aspectos da propriedade imobiliária contemporânea e sua função social. *Revista de Direito Privado*, vol. 3. São Paulo: jul./set. 2000, p. 136.

¹⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Novos aspectos da função social da propriedade no direito público. *Revista de Direito Público – RDP*, vol. 84/39. São Paulo, out./dez. 1987, p. 935.

¹⁶ SZANIAWSKI, Elimar. Aspectos da propriedade imobiliária contemporânea e sua função social, cit., p. 142.

Resta claro que a forma e o grau de condicionamento do exercício do direito de propriedade ao atendimento de tais fins será controverso e objeto de interpretação argumentativa devidamente fundamentada. No entanto, para os fins da presente análise, é importante reconhecer como a função social da propriedade sempre foi tomada como um condicionamento ao atendimento de fins (jurídicos) coletivos alheios ao titular do direito de propriedade. Portanto, um postulado metodológico-hermenêutico que remete a uma ponderação entre os interesses do titular do direito e esses interesses da coletividade. Cabe comparar esse percurso com o trajeto dado entre nós à função social do contrato.

4 A resistência original à função social do contrato

A função social do contrato não se beneficiou dessa longa trajetória histórica de que desfrutou a função social da propriedade, tampouco de uma referência expressa no texto constitucional, com a indicação de parâmetros para sua aplicação. Nenhuma Constituição brasileira fez expressa referência à função social do contrato, nem a de 1988, tampouco estabeleceu critérios de efetivação. Mesmo em doutrina, até o advento do Código de 2002, eram raríssimas as reflexões no âmbito do direito a respeito da função social do contrato.¹⁷

Isso não significa, todavia, que ela não fosse importante. Se a funcionalização de todos os institutos de direito civil é fundamental, no que tange ao direito contratual a funcionalização tem especial relevância. Isto porque a liberdade contratual, como manifestação da autonomia privada, em princípio permite aos particulares escolher os efeitos jurídicos que desejam produzir, as normas que irão reger suas relações interprivadas. Assim, enquanto a propriedade já traz seu conteúdo normativo previsto na lei, limitando-se o titular do direito a decidir como exercê-lo, o conteúdo normativo do contrato é produzido pelo próprio titular da liberdade contratual. Assim, neste âmbito, diante da miríade de possibilidades que surgem, é especialmente importante ao intérprete fazer atenção ao perfil funcional do negócio realizado. Deve-se ter em vista os efeitos buscados, a função perseguida, naquele negócio concreto, de forma a aferir mais cuidadosamente se há compatibilidade com aqueles interesses em razão dos quais a própria liberdade de contratar é tutelada. Isso viabiliza um adequado controle não apenas de licitude formal, mas também de abusividade e merecimento de tutela.¹⁸

¹⁷ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A função social do contrato. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, n. 45. São Paulo, jul./set. 1988, pp. 141-152.

¹⁸ SOUZA, Eduardo Nunes. Função negocial e função social do contrato, cit., pp. 65-87.

No entanto, a previsão legal da função social do contrato encontrou uma resistência em certo ponto similar àquela que historicamente foi enfrentada pela função social da propriedade, vinculada ao receio de invasão pelo Estado de espaços exclusivos dos particulares. Todavia, enquanto, como observado, a resistência às possibilidades interpretativas da função social da propriedade se manifestaram em esforços para a delimitação dos seus efeitos, aquela relativa à função social do contrato produziu tendência de esvaziamento do próprio significado autônomo da previsão legal: no fundo, interpretada da forma sugerida, a disposição legal, na verdade, não produziria qualquer efeito.

O percurso inicial da previsão legal demonstra isso. Na primeira versão do anteprojeto de Código Civil, o dispositivo que viria a se tornar o artigo 421 enunciava que “a liberdade de contratar *somente* será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. A inclusão do vocábulo “somente” foi muito criticada, pois se temia que fizesse com que o enunciado fosse interpretado de forma a exigir que a única função que o contrato pudesse ter fosse a social, em oposição à função que ele teria apenas para as partes.¹⁹ Assim, receava-se que as partes pudessem ficar adstritas a abdicar de seus próprios interesses para, ao contratar, servir somente à coletividade.

O receio vincula-se a um embate mais amplo, que diz respeito ao próprio papel do ato de autonomia no sistema. Trata-se de um esforço para a convergência entre a perspectiva individual, própria do ato, e a geral, própria do ordenamento, a relação entre a liberdade dos privados e a autoridade do direito. Enfim, significa indicar quando o ato de vontade poderá desfrutar da eficácia jurídica própria das normas do ordenamento, ou, sob outra formulação – e sob outra perspectiva – indicar quando é legítimo que o Estado intervenha sobre a eficácia dos negócios entre particulares.²⁰ Entre as perspectivas extremas de um Estado mínimo, no qual a autonomia privada foi concebida como um espaço quase ilimitado e praticamente imune a qualquer intervenção exterior, e um Estado autoritário, no qual ocorria a total submissão dos interesses particulares a supostos interesses públicos, em algum meio termo disso deveria estar a função social do contrato. O ponto de equilíbrio é que gera a controvérsia.

As críticas à redação inicial fizeram com que o termo “somente” fosse suprimido e o dispositivo ganhasse a redação com que foi promulgado: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. No

¹⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Entrevista concedida à *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 34. Rio de Janeiro, abr.-jun. 2008, p. 305.

²⁰ KONDER, Carlos Nelson. Causa do contrato x função social do contrato: Estudo comparativo sobre o controle da autonomia negocial. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 43. Rio de Janeiro, jul./set. 2010, pp. 33-75.

entanto, o receio quanto às potencialidades do dispositivo persistiram, agora com relação à expressão “em razão de”: a liberdade de contratar deve ser exercida *em razão de* sua função social. Este movimento de reticência ao dispositivo, que se poderia chamar “antifuncionalista”, afirmava que a função social só poderia servir como *limite*, mas não se poderia exigir que ela fosse *razão* da tutela do contrato.

Assim, a função social do contrato somente poderia ser invocada em casos extremos, descritos em doutrina como “só a deformidade, o absurdo, e o teratológico exercício do direito de contratar”²¹ e na jurisprudência afirma-se que “a ingerência do poder judiciário só resta autorizada em hipóteses excepcionais”.²² Sob outra perspectiva, foi sustentado que a função social do contrato é a circulação de bens e serviços e outra interpretação implicaria a adoção de um paradigma paternalista.²³

O receio que se colocou quanto à função social do contrato, em virtude da ausência de uma evolução histórica do conceito e, principalmente, na falta de balizas do constituinte e do legislador acerca de sua aplicação, foi a ameaça de certo autoritarismo judicial, de invasão estatal das relações intersubjetivas, através de um mecanismo de controle da autonomia. Era necessário evitar que a abertura da cláusula geral do art. 421 não implicasse uma fórmula vazia que franqueia tal julgamento ao mero arbítrio do juiz.

Esse cenário deu origem a posições e decisões tímidas na aplicação do dispositivo, que se limitam a fazer uso da função social do contrato de forma apenas retórica, referindo-a em situações de tutela de interesses das partes, no mais das vezes já resguardados por outros institutos específicos. Assim, no que se convencionou chamar de uma eficácia interna ou normatividade endógena da função social do contrato, ela foi citada para fundamentar a proibição de contratos injustos ou desequilibrados, em casos já resolvidos por institutos como a lesão, a onerosidade excessiva e a vedação de cláusulas abusivas.²⁴ Na jurisprudência, seguiu-se esta linha, sob a afirmação de que, buscando a compatibilização entre os interesses econômicos das partes e os interesses sociais, a “tendência hodierna em reconhecer a função social do contrato não implica em [*sic*] socialização das relações jurídicas, mas reconhecimento no sentido de que o contrato deve ser

²¹ MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. A função social do contrato e o princípio da boa-fé no Código Civil Brasileiro. *Revista Forense*, n. 364. Rio de Janeiro, nov./dez. 2002, p. 9.

²² TJDF, 1ª T. C., Ap. Cív. 20020111044353, Rel. Des. Flavio Rostirola, julg. 11.6.2008.

²³ TIMM, Luciano Benetti. Função social do direito contratual no código civil brasileiro: justiça distributiva vs. eficiência econômica. *Revista dos Tribunais*, vol. 876. São Paulo, out. 2008, pp. 11-28. Nesta linha também SZTAJN, Rachel. Propriedade e contrato: função social. *Revista de Direito Empresarial*, vol. 9. São Paulo: maio/jun. 2015, pp. 453-459.

²⁴ FERREIRA, Carlos Alberto Goulart. Contrato: da função social. *Revista Jurídica*, n. 247. Porto Alegre, maio 1998, p. 11; TARTUCE, Flávio. *Função social dos contratos*. São Paulo: Método, 2007, p. 270 e ss.

concebido como instrumento materializado que objetiva, precipuamente, a promoção de maior justiça nas trocas econômicas, sem descurar, todavia, da segurança jurídica, decorrente da observância do *pacta sunt servanda*”.²⁵

Assim foram suprimidas por violação à função social do contrato condições de reajuste que oneram excessivamente o consumidor,²⁶ cláusulas impeditivas de restituição do valor pago,²⁷ negativa de renovação automática de contrato mantido por mais de dez anos,²⁸ multa excessiva em relação de consumo que afronta os dispositivos consumeristas,²⁹ dispositivo proibitivo de purgação da mora pelo devedor,³⁰ cláusula abusiva de renúncia à indenização das benfeitorias,³¹ desligamento compulsório de empreendimento cooperativo.³² Na mesma linha, a possibilidade de revisão judicial dos termos do contrato, quando desequilibrados, encontrou amparo reiteradamente na exigência de atendimento à sua função social.³³

É importante observar que na maior parte destas decisões a função social do contrato vem invocada junto com outros princípios, o que corrobora a constatação de que essa interpretação acaba esvaziando a função social de qualquer utilidade autônoma, de qualquer repercussão prática que já não seja atendida por outros meios. É curioso observar, por rápida consulta no sítio do STJ, que dos 100 acórdãos que fazem menção à função social do contrato desde que o Código de 2002 entrou em vigor, em 62 ela é citada junto com o princípio da boa-fé, em 3 junto com um “princípio de eticidade” e em 10 junto com a vedação ao enriquecimento sem causa. Isso sem contar as diversas vezes em que a função social do contrato é invocada apenas como fundamento axiológico de um outro instituto, que é o que se aplica diretamente ao caso, como a redução da cláusula penal e a proibição de cláusulas abusivas.

Por isso se afirma que essa postura interpretativa frente à função social do contrato é, na verdade, uma resistência à sua própria existência, uma vez que a

²⁵ TJRS, 8ª C.C., Ap. Cív. 70017926536, Rel. Des. Pedro Celso Dal Pra, julg. 15.2.2007. Indicam que este tipo de referência à função social do contrato antecede a expressa previsão do Código Civil de 2002, Guilherme Calmon Nogueira da Gama e Daniel Queiroz Pereira (GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; PEREIRA, Daniel Queiroz. *Função social no direito privado e constituição*. In: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (Coord.). *Função social no direito civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008, pp. 79-80).

²⁶ TJRS, 5ª C.C., Ap. Cív. 70025660218, Rel. Des. Romeu Marques Ribeiro Filho, julg. 15.10.2008.

²⁷ TJRS, 9ª C.C., Ap. Cív. 70025542754, Rel. Des. Léo Romi Pilau Júnior, julg. 8.10.2008.

²⁸ TJRS, 2ª T.R.C., Recurso Cível n. 71001565050, Rel. Des. Afif Jorge Simões Neto, julg. 10.9.2008.

²⁹ TJRS, 2ª T.R.C., Recurso Cível n. 71000693143, Rel. Des. Mylene Maria Michel, julg. 17.5.2006.

³⁰ TJRJ, 2ª C.C., Ag. Instr. 2008.002.33382, Rel. Des. Paulo Sergio Prestes, julg. 13.10.2008; TJRJ, 15ª C.C., Ag. Instr. 2008.002.15589, Rel. Des. Jose Carlos Paes, julg. 28.5.2008.

³¹ TJSP, 4ª C.D.P., Ap. com revisão 1613954100, Rel. Des. Maia da Cunha, julg. 20.10.2005.

³² TJDF, 3ª T.C., Ap. Cív. 20060110408947, Rel. Des. Humberto Adjuto Ulhôa, julg. 12.3.2008.

³³ TJRJ, 16ª C.C., Ap. Cív. 2008.001.49662, Rel. Des. Marco Aurelio Bezerra de Melo, julg. 14.10.2008; TJMG, Ap. Cív. 1.0701.06.170086-3/001(1), Rel. Des. Valdez Leite Machado, julg. 24.7.2008; TJSP, 14ª C.D.P., Ap. Cív. 1311473700, Rel. Des. Lígia Araújo Bisogni, julg. 27.9.2008, julg. 27.9.2008; TJRS, 14ª C.C., Ap. Cív. 70025542754, Rel. Des. Dorval Bráulio Marques, julg. 14.8.2008.

leva a não ter qualquer relevância normativa, priva-a de qualquer conteúdo autônomo e de qualquer efeito prático. A melhor doutrina alerta que ela produz uma invocação banal e sem conteúdo da função social do contrato, que serve apenas a esvaziar suas potencialidades, em vez de auxiliar na individualização da sua eficácia jurídica própria.³⁴ Como explica Gustavo Tepedino:

A primeira delas [corrente] sustenta que a função social do contrato não é dotada de eficácia jurídica autônoma, sendo uma espécie de orientação de política legislativa constitucional, que revela sua importância e eficácia não em si mesma mas em diversos institutos que, como expressão da função social, autorizam ou justificam soluções normativas específicas, tais como a resolução por excessiva onerosidade (CC, art. 478), a lesão (CC, art. 157), a conversão do negócio jurídico (CC, art. 170), a simulação como causa de nulidade (CC, art. 167), e assim por diante. [...] tal posição acaba por esvaziar a importância da função social, vez que esta se expressaria por meio de institutos já positivados, presentes de forma difusa no ordenamento, prescindindo, por isso mesmo, de eficácia jurídica autônoma.³⁵

5 A reação de “principalização” da função social do contrato

Em reação a esse esvaziamento de conteúdo autônomo da função social do contrato, nasceu a sua concepção como novo princípio de direito contratual. Sob essa perspectiva, a função social do contrato seria um princípio que ponderaria o princípio da relatividade dos efeitos do contrato, fazendo com que, em certas situações em que a ponderação feita pelo intérprete assim entendesse, a tutela do contrato iria além dos contratantes, no que se convencionou tratar como uma eficácia externa (*ultra partes*) da função social do contrato.³⁶

³⁴ RENTERÍA, Pablo. Considerações acerca do atual debate sobre o princípio da função social do contrato. In: MORAES, M. C. B. de. *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 287-288. Por isso, diversos autores preferem reservar estes efeitos aos princípios da boa-fé e do equilíbrio econômico, atribuindo à função social somente a chamada eficácia externa: THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 31; SILVA, Luis Renato Ferreira da. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 127-150; SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 99-126.

³⁵ TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 396-397.

³⁶ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 110 e 131; NALIN, Paulo. A função social do contrato no futuro Código Civil brasileiro. *Revista de Direito Privado* n. 12. São Paulo, out./dez. 2002, p. 56.

A fundamentação arduamente construída para vencer a resistência inicial está centrada na ideia de que, uma vez que a lei passa a ser o fundamento da obrigatoriedade do contrato e, portanto, o poder jurígeno deixa de surgir da vontade autônoma e passa a ser derivado e funcionalizado a finalidades heterônomas, o exame da função do contrato permite, em certas hipóteses atingir os chamados terceiros, dado que ele visa à satisfação de finalidades que não se restringem mais ao interesse particular.³⁷ De maneira similar ao ocorrido quanto à propriedade, a função social conduz aqui à distinção de efeitos normativos entre os diversos contratos conforme a sua função, o que implicou a heterogeneização do conceito de terceiro, pois impõe que não se submeta ao mesmo regime jurídico – a indiferença – todos aqueles que não são partes formais da relação obrigacional constituída.³⁸ Cumpre verificar, no caso concreto, a função daquele contrato, de maneira a perceber as implicações que ele pode ter para com aquele sujeito que não fez parte de sua celebração.³⁹

Nesta linha de proteção aos relevantes interesses de terceiros temos, por exemplo, as decisões que autorizam a desistência do participante do contrato de consórcio nas hipóteses em que o seu afastamento não prejudique os demais integrantes.⁴⁰ Ou ainda as hipóteses de contratos conexos com partes diferentes, quando dois contratos encontram-se de tal maneira vinculados que aquele que é parte em um deles mas terceiro com relação ao outro deve, mesmo quanto a esse, receber um tratamento jurídico especial, que não seja o mesmo que todos os demais indivíduos que com ele não mantêm vínculo.⁴¹

Os efeitos perante terceiros costumam ser divididos em duas subesferas: de um lado, as hipóteses em que a função do contrato não é alcançada por causa de uma das partes e isso fere relevante interesse de terceiro (vítima), o qual teria ação direta em face do contratante inadimplente; a segunda, mais controversa, diz respeito aos casos em que a função do contrato não é alcançada por causa da intervenção indevida do terceiro (ofensor), caso em que este será responsabilizado por ato ilícito perante o contratante vítima do inadimplemento.⁴²

³⁷ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 223-224, e, também nesta linha, SILVA, Luis Renato Ferreira da. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 138.

³⁸ KONDER, Carlos Nelson. *Contratos conexos: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 70.

³⁹ COSTA, Pedro de Oliveira. Apontamentos para uma visão abrangente da função social dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Obrigações: Estudos sob a perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 16.

⁴⁰ TJDFT, 1ª T.R., Ap. Cív. 20060110991482, Rel. Hector Valverde Santana, julg. 14.8.2007.

⁴¹ KONDER, Carlos Nelson. *Contratos conexos: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 245 e ss.

⁴² NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 229 e ss.

No tocante à tutela do interesse do terceiro vitimado pelo inadimplemento do contrato, o raciocínio é de que o interesse na execução do contrato não se restringe às partes que o celebraram, pois há um interesse social no cumprimento do pactuado tendo em vista que aquele contrato é um instrumento para a realização de uma finalidade superior, protegida pelo ordenamento, e, no caso, esse interesse social se combina com o legítimo interesse de um terceiro que, embora não tenha participado da celebração do acordo, será beneficiado pelo seu adimplemento – ou será prejudicado pelo seu inadimplemento.⁴³

Legislativamente, alguns dispositivos específicos teriam consagrado esta vertente da função social, como é o caso da tutela do consumidor, que permite a ele interpelar outros membros da cadeia de contratos com os quais não teve relações diretas. Assim, por exemplo, a jurisprudência admite que pessoa presenteadada com celular tenha legitimidade para acionar a empresa por dificuldade em efetuar as ligações:

Dessa forma, privilegiando a função social do contrato, tenho que devam ser mitigados os requisitos dos negócios jurídicos, devendo ser reconhecido o vínculo contratual, por extensão, existente entre o fornecedor e o seu efetivo usuário do serviço tido como defeituoso.⁴⁴

Igualmente, a jurisprudência do STJ destacou este fundamento no dispositivo do Código que autoriza o fracionamento da hipoteca e que teria, portanto, aplicabilidade imediata:

O art. 1.488 do CC/02 consubstancia um dos exemplos de materialização do princípio da função social dos contratos, que foi introduzido pelo novo código. Com efeito, a ideia que está por trás dessa disposição é a de proteger terceiros que, de boa fé, adquirem imóveis cuja construção – ou loteamento – fora anteriormente financiada por instituição financeira mediante garantia hipotecária. Inúmeros são os casos em que esses terceiros, apesar de terem, rigorosamente, pago todas as prestações para a aquisição de imóvel – pagamentos esses, muitas vezes, feitos às custas de enorme esforço financeiro – são surpreendidos pela impossibilidade de transmissão da propriedade do bem em função da inadimplência da construtora perante o agente financeiro. [...] Nos autos, está fartamente comprovada a existência

⁴³ KONDER, Carlos Nelson. *Contratos conexos: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 40.

⁴⁴ TJRS, 6ª C.C., Ap. Cív. 70013514468, Rel. Des. Artur Arnildo Ludwig, julg. 31.8.2006.

de inúmeras ações, propostas em face da recorrente por terceiros que, tendo pago todas as prestações do financiamento dos imóveis que adquiriram, pretendem ver reconhecido seu direito à transmissão do bem por escritura pública. Trata-se de uma questão que apresenta um reflexo social considerável e que traz, tanto à recorrente como a esses terceiros, um prejuízo considerável.⁴⁵

Fora das hipóteses previstas em lei, a jurisprudência também contribuiu para criar novas hipóteses de ação direta do terceiro lesado frente ao contratante. Na mesma linha do dispositivo supracitado, afirmou-se que a instituição financeira não pode executar a hipoteca de unidade imobiliária que garantia o financiamento concedido para a construção do imóvel porque o comprador do imóvel já havia quitado sua obrigação de pagamento perante a construtora que o vendeu.⁴⁶ Ou ainda o reconhecimento da possibilidade de “a vítima em acidente de veículos propor ação de indenização diretamente, também, contra a seguradora, sendo irrelevante que o contrato envolva, apenas, o segurado, causador do acidente, que se nega a usar a cobertura do seguro”.⁴⁷ De fato, em que pese a opinião dos doutrinadores que identificam nesta decisão o mero reconhecimento de uma estipulação em favor de terceiro, não se pode deixar de constatar que a própria qualificação do contrato neste sentido encontra respaldo na sua função social, como se identifica na fundamentação de diversas decisões.⁴⁸ Em tais hipóteses não há ligação contratual direta entre a vítima e a seguradora, entre o comprador da unidade e a instituição financeira, mas a função social dos contratos autorizou que tais pessoas jurídicas não fossem consideradas terceiros indiferentes à relação contratual existente.

De outro lado, temos a hipótese do terceiro ofensor, isto é, do sujeito que tem interesse na não execução do pactuado, no desrespeito ao contrato, e interfere naquela relação jurídica de maneira a prejudicar o adimplemento contratual.

⁴⁵ STJ, 3ª T., REsp 691.738, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 12.5.2005. Em comentário à decisão, v. CORTIANO JUNIOR, Eroulths. A função social dos contratos e dos direitos reais e o art. 2035 do Código Civil brasileiro: Um acórdão do Superior Tribunal de Justiça. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 359-368.

⁴⁶ STJ, 2ª S., REsp 187.940, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, julg. 22.9.2004.

⁴⁷ STJ, 3ª T., REsp 228.840, Rel. Min. Ari Pargendler, Rel. p/ acórdão Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julg. 26.6.2000. V. tb. STJ, 4ª T., REsp 401.718, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julg. 3.9.2002; STJ, 4ª T., REsp 294.057, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julg. 28.6.2001; STJ, 4ª T., REsp 97.590, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julg. 15.10.1996; e especialmente STJ, 3ª T., REsp 444.716, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 11.5.2004.

⁴⁸ TJSP, 35ª C.D.P., Ap. Cív. 1071021000, Rel. Des. Mendes Gomes, julg. 26.11.2007; TJDF, 3ª T.R.C., Ap. Cív. 20060610085403, Rel. Des. Alfeu Machado, julg. 1.10.2008; TJRS, 1ª T.R.C., Recurso. Cível 71001737865, Rel. Des. Ricardo Torres Hermann, julg. 9.10.2008.

Aqui a função social do contrato é invocada para respaldar a chamada tutela externa do crédito, ou responsabilidade pela violação do direito de crédito.⁴⁹ Embora amplamente difundida, é bastante controversa a utilização da função social do contrato para respaldar aquilo que em outros ordenamentos foi fundamentado pela ideia de oponibilidade ou eficácia indireta ou reflexa do contrato.⁵⁰ A ligação estaria no fato de, uma vez que o contrato desempenhe uma relevante função social, será merecedor de proteção também perante terceiros. Esta concepção, todavia, é criticada por prestigiosa doutrina que afirma que, nos casos excepcionais nos quais se pode impor a responsabilidade ao terceiro pela lesão ao crédito, o seu fundamento seria a boa-fé.⁵¹

É curioso observar que, a despeito de ter enfrentado também enormes resistências, não se tem notícia de a função social da propriedade ter sido concebida, em algum momento, como princípio, como ocorreu com a função social do contrato. Persistindo na comparação, a principalização da função social do contrato parece ter funcionado como uma estratégia compromissória para atribuir-lhe algum efeito, frente às resistências oferecidas, mas um espaço bastante restrito e delimitado. Isso permitiu, em um primeiro momento, a grande conquista de permitir-lhe algum nível de eficácia autônoma, mas, ao final, sua aplicação estaria disputando espaço com outros princípios no processo de ponderação.

Domesticada dessa forma, a função social do contrato conduziria apenas à tutela de interesses de terceiros específicos cuja relevância social permitiria que, em certas situações, pudessem prevalecer em face dos interesses dos próprios contratantes. Dessa forma, a concepção da função social do contrato como princípio acaba fazendo com que ela, na disputa com outros princípios, acabe por não prevalecer, e aí teríamos contratos lícitos e eficazes que, contudo, não devem obedecer à função social. Diante da insuficiência desse modelo, desenha-se uma terceira corrente ou fase na concepção da função social do contrato.

⁴⁹ Sobre o tema, v. AZEVEDO, Antonio Junqueira de. 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 o inadimplemento contratual. *Revista dos Tribunais*, n. 750. São Paulo, abr. 1998, pp. 113-120; CARDOSO, Patrícia Silva. Oponibilidade dos efeitos dos contratos: determinante da responsabilidade civil do terceiro que coopera com o devedor na violação do pacto contratual. *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 20. Rio de Janeiro, out.-dez. 2004, pp. 125-150; COSTA, Pedro de Oliveira. Apontamentos para uma visão abrangente da função social dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Obrigações: Estudos sob a perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 66; e, fora da doutrina nacional, SANTOS JÚNIOR, E. *Da responsabilidade civil de terceiro por lesão do direito de crédito*. Coimbra: Almedina, 2003, *passim*.

⁵⁰ Sobre o tema, v. Díez-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, vol. I. 5. ed. Madrid: Civitas, 1996, p. 427 e ss.

⁵¹ TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 398.

6 A função social do contrato para além de sua qualificação como princípio

Resgatando as premissas iniciais de perfil funcional e funcionalização dos institutos, conduz-se ao entendimento de que a autonomia privada, em especial a liberdade de contratar, nunca é um valor em si, ela só será protegida enquanto corresponder a um interesse digno de tutela pelo ordenamento.⁵² Assim, enquanto no modelo liberal clássico a intervenção legislativa seria entendida como um obstáculo ou restrição à autonomia privada, hoje se reconhece que, em sociedades desiguais, é a atuação do legislador e do poder público que garantem a efetiva liberdade da pessoa humana. É na expressão dessas condições e requisitos para a tutela jurídica da atividade negocial, na concretização destes limites – mais internos do que externos – sobre o poder normatizador do particular, que se deve encontrar o lócus de atuação da função social do contrato.

Afirma-se, assim, que a função social do contrato implica o condicionamento da tutela da liberdade de contratar a interesses da coletividade. Trata-se da proibição de contratos que repercutam negativamente sobre a comunidade e da conservação ou tratamento diferenciado de contratos que repercutam positivamente junto à sociedade. Nesta terceira série de efeitos, já se enfatiza mais o caráter “social” da função que guia a normatização do contrato. A função do contrato tem que estar de acordo com certos interesses que são independentes das partes, afirmando-se assim que “a liberdade de contratar está limitada não só pela supremacia da ordem pública, mas também pela função social do contrato, que o condiciona ao atendimento do bem comum e dos fins sociais”.⁵³

A referência genérica a interesses sociais ou coletivos, contudo, não fica ao alvedrio do intérprete, que poderia impor um descabido viés assistencialista à atividade contratual. Não são quaisquer interesses do grupo que devem ser atendidos, mas aqueles interesses positivados pelo direito como merecedores de tutela.⁵⁴ O regulamento negocialmente estabelecido deve ser condizente com certos valores reputados socialmente relevantes, quais sejam, aqueles que se encontram positivados no ordenamento por meio dos princípios constitucionais.⁵⁵ Nesse sentido,

⁵² PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 279.

⁵³ TJSP, 11ª C.D.Publ., Ap. Cív. 7248535000, Rel. Des. Francisco Vicente Rossi, julg. 24.4.2008.

⁵⁴ O alerta é de que a expressão função social no direito privado “pôde ser utilizada por diversas teorias econômicas para justificar inúmeras ações estatais limitadoras das liberdades individuais. Do socialismo ao fascismo, a exigência de uma conduta privada na conformidade com o coletivo espalhava-se com relativa aceitação nas sociedades européias da segunda década do século XX” (GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; CIDAD, Felipe Germano Cacicedo. *Função social no direito privado e constituição*. In: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (Coord.). *Função social no direito civil*, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 19).

⁵⁵ LOBO, Paulo Luiz Netto. Princípios sociais dos contratos no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 42. São Paulo, p. 191.

como foi destacado quanto às diversas formas de propriedade, também para as diversas formas de contrato podem ser encontrados, no texto constitucional, os fins que devem ser alcançados para o merecimento de tutela, tais como a valorização do trabalho humano, a livre iniciativa, a dignidade humana, a justiça social, a soberania nacional, a livre concorrência, a defesa do consumidor, a proteção ao meio ambiente, o pleno emprego, a proteção das microempresas etc.⁵⁶

Eventualmente, como já foi destacado, isto pode significar proteger uma das partes também, por exemplo, quando o contrato se contrapõe à dignidade humana, pode ser a dignidade de uma das partes que esteja sendo lesada e que vai ser protegida pela extinção do contrato.⁵⁷ Mas nestes casos o interesse tutelado é coletivo porque vai além do interesse das partes, podendo, em certos casos, até mesmo se contrapor à vontade de ambos os contratantes. Assim, a violação da função social do contrato ocorreria na hipótese de restarem atingidos pelos efeitos do contrato interesses metaindividuais juridicamente relevantes, como se destaca também na jurisprudência:

Não ofende o princípio da função social do contrato a cláusula que prevê o pagamento de multa caso o contratante empregue um dos ex-funcionários ou representantes da contratada durante a vigência do acordo ou após decorridos 120 (cento e vinte) dias de sua extinção, porquanto não existe proibição a tal contratação, encontrando-se ausente qualquer interesse metaindividual, seja coletivo ou difuso.⁵⁸

A consequência da proteção aos interesses da coletividade pode ser não apenas a privação de efeitos dos negócios que afrontam tais interesses, mas também a conservação ou o tratamento jurídico diferenciado de um contrato que tenha grande repercussão no atendimento de um interesse socialmente relevante. Na jurisprudência, podem ser identificadas decisões que, seguindo esta linha, invocam a função social do contrato para conferir tratamento jurídico diferenciado aos chamados “contratos de gaveta” no âmbito do Sistema Financeiro Habitacional (SFH) de modo a assegurar o acesso popular à moradia,⁵⁹ para interpretar ampliativamente

⁵⁶ Incluem-se ainda nesta lista “o respeito à cultura, ao desenvolvimento do ensino científico e do desporto, além do meio ambiente” (GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; CIDAD, Felipe Germano Cacicedo. Função social no direito privado e constituição, cit., p. 35).

⁵⁷ Assim, GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; CIDAD, Felipe Germano Cacicedo. Função social no direito privado e constituição, cit., p. 32, para quem “o intérprete, ao realizar sua atividade de concretizar cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, deve considerar os direitos fundamentais previstos no texto constitucional sem que, por isso, o litígio deixe de ser de natureza intersubjetiva (privada), mesmo que informado pelos valores e princípios constitucionais”.

⁵⁸ TJDF, 4ª T. C., Ap. Civ. 20070111078052, Rel. Des. Maria Beatriz Parrilha, julg. 2.7.2008.

⁵⁹ STJ, 3ª T., REsp 811.670, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 16.11.2006; TJRS, 9ª C.C., Ap. Civ. 70022284731, Rel. Des. Odono Sanguinê, julg. 16.4.2008; TJSP, 9ª C.D.P., Ag. Instr. 5245314900, Rel.

a cobertura do contrato de seguro-saúde de modo a assegurar o direito à saúde,⁶⁰ para determinar o parcelamento de débito de usuário de serviço de fornecimento de eletricidade evitando, assim, que ocorra a sua interrupção, em nome da proteção à dignidade humana,⁶¹ ou para condenar o fiador a manter-se garantidor da locação na prorrogação automática do contrato por seu afastamento, genericamente, “ofender interesses sociais previstos na Constituição”.⁶²

É importante destacar que nesta esfera de efeitos já se ressalta a relevância da função específica daquele contrato para determinar sua compatibilidade com a função social que lhe garante juridicidade.⁶³ Os efeitos aqui cominados, seja no tocante à privação de eficácia por incompatibilidade com interesses metaindividuais, seja no tocante ao tratamento diferenciado por atendimento àqueles interesses, só são determinados em virtude da comparação da finalidade daquele contrato individualizado com relação aos interesses coletivos.⁶⁴

Em doutrina se indica o tratamento especial dado pela lei à assunção de débito hipotecário,⁶⁵ com consentimento presumido em razão da relevância social deste tipo de dívida e o direito de preferência nos contratos agrários.⁶⁶ Na jurisprudência, por exemplo, na análise do merecimento de tutela da cláusula penal de um contrato de prestação de serviços, a fundamentação se diferencia na medida em que se trata da prestação de serviço educacional e, em virtude desta especificidade, a “limitação da multa moratória incidente sobre mensalidades escolares determinada na origem encontra amparo na função social do contrato”.⁶⁷ Na mesma linha, a ruptura de um contrato de seguro é reputada especialmente injustificada por tratar-se o segurado de pessoa idosa.⁶⁸

Des. Grava Brazil, julg. 25.9.2007. No caso específico de atribuição de legitimidade para a cessionária do financiamento, STJ, 1ª T., REsp 627.424, Rel. Min. Luiz Fux, julg. 6.3.2007.

⁶⁰ TJRS, 5ª C.C., Ap. Civ. 70026788521, Rel. Des. Jorge Luiz Lopes do Canto, julg. 15.10.2008; TJRS, 5ª C.C., Ag. Instr. 70026516435, Rel. Des. Jorge Luiz Lopes do Canto, julg. 15.10.2008; TJRJ, 15ª C.C., Ap. Civ. 2008.001.42010, Rel. Des. Helda Lima Meireles, julg. 1.7.2008; TJSP, 4ª T.C., Recurso Inominado 11449, Rel. Des. Maria do Carmo Honorio, julg. 8.7.2008; TJDF, 1ª T. C., Ag. Instr. 20080020101970, Rel. Des. Natanael Caetano, julg. 24.9.2008.

⁶¹ TJRJ, 2ª C.C., Ap. Civ. 2008.001.47220, Rel. Des. Carlos Eduardo Passos, julg. 10.9.2008.

⁶² STJ, 3ª S., EDcl nos EREsp 791.077, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julg. 23.4.2008.

⁶³ Sobre a importância de considerar as distinções entre os contratos ao aplicar a função social, v. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Direito contratual contemporâneo: a função social do contrato. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 369-393.

⁶⁴ TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 402.

⁶⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. O novo Código Civil e o Código do Consumidor: convergências ou antinomias. *Revista da EMERJ*, v. 5, n. 20. Rio de Janeiro, 2002, p. 110.

⁶⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A função social do contrato. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, n. 45. São Paulo, jul./set. 1988, p. 138.

⁶⁷ STJ, 3ª T., REsp 476.649, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 20.11.2003.

⁶⁸ TAPR, Ap. Civ. 263.725-6, Rel. Des. Wilde de Lima Pugliese, publ. 10.9.2004.

Mesmo hipóteses que se poderiam considerar enquadradas na esfera de efeitos de mera tutela de interesse das partes encontram justificativa em interesses coletivos na medida em que a razão da intervenção reequilibradora passa a ser uma especificidade funcional do contrato em exame. Por exemplo, a cláusula resolutiva que priva o devedor do direito a purgar a mora é especialmente abusiva por se tratar de um contrato de financiamento habitacional: “Isto porque o contrato, na modalidade apontada, contempla manifesto interesse social – obtenção de moradia”.⁶⁹

Esse panorama revela que, sob essa última perspectiva, a função social do contrato é aplicada de forma mais análoga à função social da propriedade, como um postulado metodológico-hermenêutico que leva o intérprete a submeter a tutela do direito individual ao atendimento de interesses coletivos. Contrapõe-se, em certa medida, à possibilidade de concebê-la como princípio, já que ela não é ponderada ou superada por outros princípios, não valora ou reprova condutas específicas, não se limita a impor sanções. Trata-se muito mais de uma exigência interpretativa que remete a tutela do contrato ao atendimento de bens jurídicos coletivos para além dos bens individuais.

7 Conclusão

A trajetória até aqui percorrida revela certa dificuldade na interpretação e aplicação da função social do contrato no ordenamento brasileiro. Esse fato pode ser tributado à falta do longo trajeto histórico de debates de que desfrutou a função social da propriedade, cujas conquistas culminaram não apenas no seu reconhecimento expresso nos textos constitucionais, mas na indicação de parâmetros específicos, na Carta de 1988, para sua aplicação conforme o tipo de propriedade em jogo (urbana ou rural), indicando-se assim a pluralidade normativa dos estatutos proprietários.

Ao contrário, a função social do contrato teve primeira aparição legislativa no Código Civil de 2002, com poucas referências doutrinárias antes disso, e sua positivação e aplicação efetiva sofreu e ainda sofre enormes resistências. Atribuiu-se a isso, neste estudo, a estratégia compromissória de considerá-la um princípio de direito contratual, de eficácia externa, no sentido de, ponderada com princípios clássicos, poder eventualmente permitir a repercussão do contrato perante terceiros.

⁶⁹ TJSP, Ap. Cív. 4500574100, Rel. Elcio Trujillo, publ. 25.9.2006.

Em que pese esse enquadramento ter permitido algumas conquistas, entre as quais o reconhecimento de um conteúdo autônomo à função social do contrato, defendeu-se aqui que esse entendimento termina por subestimar as suas potencialidades interpretativas no nosso ordenamento. Impõe-se, portanto, ir além dessa “principalização” do conceito, para reconhecer na função social do contrato, tal qual a função social da propriedade, mais do que um princípio, já que ela não é ponderada com outros princípios, mas sim remete a quais interesses são relevantes para a ponderação. Assim, tratar-se-ia de um postulado hermenêutico-metodológico, que condiciona internamente a legitimidade do exercício da liberdade contratual ao atendimento de interesses coletivos extracontratuais positivados constitucionalmente.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

KONDER, Carlos Nelson. Para além da “principalização” da função social do contrato. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, vol. 13, p. 39-59, jul./set. 2017.

Recebido em: 10.6.2017
1º parecer em: 17.6.2017
2º parecer em: 23.6.2017