

O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS NOS 15 ANOS DE VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL: ANÁLISE CRÍTICA DE SUA APLICAÇÃO PELA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA

Thiago Ferreira Cardoso Neves¹

1. INTRODUÇÃO

Tomo a liberdade de iniciar este texto em primeira pessoa, porque não poderia fazê-lo de modo diferente. Isso porque este artigo é fruto da minha palestra ministrada no VI Congresso Intercontinental de Direito Civil, realizada na bela Fortaleza, em comemoração aos 15 anos de vigência do Código Civil, e em homenagem ao acadêmico e Professor da Universidade de Coimbra João Calvão da Silva, falecido neste ano.

A participação no referido Congresso foi gratificante. Primeiro, por homenagear uma figura tão cara quanto o Prof. João Calvão, que com a sua partida deixou uma imensa lacuna não apenas no meio acadêmico, mas também na vida de todos aqueles que se propõem a ser uma pessoa de bem. Só quem o conheceu sabe que ele não se resumia a um grande estudioso do direito. O Prof. João Calvão era uma figura humana especial, pois mesmo sendo um dos maiores civilistas de nosso tempo, revelava uma humildade ímpar e uma generosidade sem igual. Em segundo lugar, a participação no referido evento foi também gratificante por celebrar uma data marcante, que são os 15 anos de vigência do Código Civil de 2002. Parece que foi ontem, em que sentado nos bancos da universidade, já nos últimos períodos do curso de Direito, me deparei com uma mudança tão grande, que foi a entrada em vigor do novo Código. E essa mudança foi grande porque não promoveu apenas uma alteração de regras

¹ Mestre em Direito Civil pela UERJ. Pós-graduado em Direito Público e Direito Privado pela EMERJ. Professor de Direito Civil, Empresarial e Consumidor da EMERJ. Coordenador do curso de Pós-Graduação em Direito Civil da UCAM/OAB-RJ. Vice-Presidente Administrativo da Academia Brasileira de Direito Civil.

nas relações privadas. Ela promoveu uma mudança de paradigmas, que se iniciou alguns anos antes, com a Constituição de 1988. Feito este depoimento, passo agora à narrativa em terceira pessoa. Assim reclamam os textos acadêmicos, e não pretendo contrariar a tradição.

A Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002, cujo início de vigência se deu no ano de 2003, promoveram profundas modificações no campo do direito privado. Passou-se de um direito centrado na patrimonialidade e no individualismo, em que os interesses patrimoniais individuais gozavam de ampla proteção e liberdade, com ênfase na propriedade e no contrato, para um direito fundado na tutela dos interesses existenciais, inspirado na dignidade da pessoa humana, e na socialidade, em que a solidariedade e a justiça social passaram a ter um papel de destaque, visando orientar o exercício dos direitos, de modo que ele sempre se dê objetivando não apenas o bem estar do indivíduo, mas também de toda sociedade, tornando-a mais justa, igual e solidária.²

Mas, essas mudanças não se deram, por certo, de uma hora para outra, como num passe de mágica, como se com a entrada em vigor da Constituição e do Código Civil tivesse ocorrido uma reviravolta jurídica e social instantânea. Muito pelo contrário, basta uma rápida leitura dos jornais ou uma visita às redes sociais para constatar que o caminho tem sido tortuoso, com idas e vindas, avanços e retrocessos. Até chegar ao ponto ideal, crê-se que ainda vai demorar. Ainda assim, e apesar de todas as mazelas, caminha-se no rumo certo. E, no fundo, o mais importante não é a velocidade das coisas, mas o caminho que se trilha.

Uma prova dessas incertezas e dificuldades está, no âmbito do direito civil, na aplicação do princípio da função social dos contratos. Como se verá, ainda há uma enorme dificuldade na sua aplicação concreta, dando margem a muita insegurança.³

² Nesse sentido, e por todos, GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito civil: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2006. Apresentação, xi-xiv.

³ Pablo Rentería já alertava, no ano de 2006, apenas 03 anos após a entrada em vigor do Código Civil, sobre a dificuldade de se encontrar um conteúdo dogmático concreto do princípio da função social dos contratos. Em suas palavras, “A grande dificuldade que surge nesse cenário, contudo, diz respeito à identificação de uma *especificidade normativa* para a função social do contrato, ou seja, de um conteúdo normativo que lhe atribua um escopo de aplicação próprio e efetivo”.

Para começar a entender esta questão é preciso buscar compreender o porquê dessa dificuldade. Em verdade, ela reside, fundamentalmente, em conseguir extrair o conteúdo normativo desse princípio, ou seja, o comando que impõe às partes um dever de conduta, tal como ocorre, por exemplo, com a boa-fé, que ao longo desses 15 anos de vigência do Código Civil já alcançou sua concretude, como é possível perceber nas inúmeras obras já escritas sobre o tema, além dos milhares de decisões emanadas de todos os tribunais do país.⁴

Já o princípio da função social dos contratos ainda se encontra, dogmaticamente, na tenra idade, apesar de mais de uma década de vigência do Código Civil de 2002, pois o desenvolvimento e a maturidade se mostram ainda incipientes. E isso se revela, por exemplo, e como se verá mais a frente, na confusa aplicação deste princípio no âmbito da jurisprudência do STJ. Nesta, a função social dos contratos tem sido empregada tanto como um mecanismo de proteção dos vulneráveis e de promoção da justiça social, quanto para a proteção de grandes empresários, em prol dos interesses exclusivamente patrimoniais, sendo, portanto, verdadeiramente contraditória a sua aplicação. Em outros casos, a função social tem sido utilizada apenas como argumento de retórica para afastar a força obrigatória dos contratos, a fim de livrar o contratante da obrigação por ele assumida quando da celebração de negócio, ou mesmo a sua relatividade.

O que se quer demonstrar, desde logo, é que há uma incerteza quanto ao que é o princípio da função social dos contratos. E isso se deve ao fato de que este tema é ainda carente de desenvolvimento, e até mesmo de um autor que se proponha a explorá-lo com maior profundidade.

RENTERÍA, Pablo. Considerações acerca do atual debate sobre o princípio da função social do contrato. In: MORAES, Maria Célina Bodin de (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 283. Mais de 12 anos após o texto, as dificuldades ainda permanecem.

⁴ Sobre o tema, vale destacar a observação feita por Judith Martins-Costa na nota da 2ª edição do seu consagrado *A boa-fé no direito privado*, em que destacou que em uma pesquisa de jurisprudência feita no ano de 2017, junto aos 27 Tribunais de Justiça do país, o resultado das buscas utilizando o termo “boa-fé objetiva” alcançou o impressionante número de mais de 445 mil julgados. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 7-8.

Mas, enquanto isso não acontece, vamos à realidade atual que, como se verá, não é tão agradável quanto outras que vêm sendo contadas pós-vigência do Código de 2002. E para começar, faz-se necessário tratar da própria natureza principiológica da função social dos contratos.

2. A NATUREZA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS

O pós-positivismo⁵ trouxe profundas alterações nos regimes jurídicos instituídos pós 2ª Guerra Mundial, em que se verificou uma profusão de novas Constituições com caráter humanista, colocando a dignidade da pessoa humana em um lugar central. O pós-positivismo, vertente filosófica do neoconstitucionalismo,⁶ trouxe mudanças sensíveis na interpretação e na aplicação das normas jurídicas. Dentre elas, três se revelam marcantes: a constitucionalização do direito; a reaproximação entre o direito e a moral; e o reconhecimento da normatividade dos princípios jurídicos.⁷

⁵ O pós-positivismo é uma resposta ao positivismo jurídico, que se revelou insuficiente à solução dos conflitos jurídicos, sociais e humanistas no período da 2ª Grande Guerra. Na pena de Luís Roberto Barroso, “O Direito, a partir da segunda metade do século XX, já não cabia mais no positivismo jurídico. A aproximação quase absoluta entre Direito e norma e sua rígida separação da ética não correspondiam ao estágio do processo civilizatório e às ambições dos que patrocinavam a causa da humanidade. Por outro lado, o discurso científico impregnara o Direito. Seus operadores não desejavam o retorno puro e simples ao jusnaturalismo, aos fundamentos vagos, abstratos ou metafísicos de uma razão subjetiva. Nesse contexto, o pós-positivismo não surge com o ímpeto da desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as ideias de justiça e legitimidade” (BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. In: BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. pp. 120-121).

⁶ A expressão *neoconstitucionalismo* pode ter inúmeros sentidos, e isso porque não há um único neoconstitucionalismo, o qual varia de acordo com a evolução constitucional de cada Estado. Nesse sentido, CARBONELL, Miguel. *Nuevos tiempos para el constitucionalismo*. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s): colección estructuras y procesos*. Madrid: Trotta, 2011. p. 9-10. Em verdade, neoconstitucionalismo significa o movimento constitucionalista pós-Segunda Guerra, marcado por novos valores antes abandonados, valores esses que variam conforme as particularidades de cada país, razão pela qual não há um conceito unívoco. Nesse sentido, BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 300).

⁷ Daniel Sarmento aponta, além destas, ainda outras duas mudanças decorrentes do neoconstitucionalismo, que são: (i) a rejeição ao formalismo e o emprego mais frequente de métodos mais abertos de raciocínio jurídico como a ponderação, a tópica, as teorias da argumentação, dentre outros; e (ii) a judicialização da política e das relações sociais, deslocando-

No que tange a esta última, que se revela a mais importante para o presente ensaio, o pós-positivismo conferiu o chamado caráter normativo aos princípios, de modo que eles são reconhecidos, hoje, inequivocamente como normas jurídicas ao lado das regras, e não apenas como fonte de integração no caso de lacunas na lei.

Antes dessa mudança, os princípios tinham um papel secundário, de suprir a ausência das regras jurídicas. E isso é fácil de perceber quando da leitura do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, hoje chamada de Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, o qual prevê que apenas quando a lei for omissa o juiz decidirá de acordo com a analogia, os bons costumes e, em último lugar, com os princípios.

Portanto, antes do pós-positivismo, os princípios não podiam ser aplicados diretamente às situações jurídicas, não eram fontes primárias de direitos e deveres, mas tinham um caráter meramente supletivo.

A realidade, atualmente, é outra, e os princípios não apenas podem, mas devem ser aplicados às relações jurídicas. E quando de estatura superior, como, por exemplo, no caso dos princípios constitucionais, podem até mesmo afastar a aplicação das regras. Então, se os princípios têm força normativa, ou seja, são normas jurídicas, são eles aplicáveis às situações concretas.

Sob esse aspecto, vê-se que a função social dos contratos deve ser aplicada na solução dos conflitos que exsurtem entre as partes contratantes, assim como com terceiros, na medida em que se caracteriza, inequivocamente, como um princípio jurídico.

A função social dos contratos é, reconhecidamente, um princípio, na medida em que goza de abstração e uma maior generalidade, com uma forte

se o debate e as decisões sobre essas matérias dos Poderes Legislativo e Executivo para o Poder Judiciário (SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 113-114). Sob outra ótica, observa Luís Roberto Barroso que o neoconstitucionalismo pode se identificar a partir de três marcos: um histórico, outro filosófico e o teórico. Neste último, o constitucionalismo contemporâneo se destaca por três grandes transformações: (i) o reconhecimento da força normativa da Constituição; (ii) a expansão da jurisdição constitucional; (iii) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito – o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: BARROSO. Op. cit. 2012. p. 190-193.

carga de subjetividade, características essas contrárias às das regras, as quais se caracterizam como normas descritivas e objetivas, com expressa previsão em um texto normativo, estabelecendo permissões e proibições por meio de descrições de condutas a serem praticadas.⁸

Com efeito, se a função social é um princípio jurídico, é ele também uma norma jurídica e, como tal, aplicável diretamente às relações jurídicas, sendo fonte de direitos e deveres e, conseqüentemente, podendo ser invocados pelas partes para a tutela de seus interesses. No entanto, para a sua adequada aplicação, é preciso encontrar o seu conteúdo normativo. É neste ponto que os problemas começam.

3. O CONTEÚDO NORMATIVO DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

Na doutrina, os autores que já se debruçaram sobre o princípio da função social dos contratos de modo mais aprofundado têm identificado, primeiro, que a sua origem e sua aplicação decorrem da funcionalização dos institutos jurídicos de direito privado e, especialmente, dos negócios jurídicos.⁹

A funcionalização dos institutos jurídicos é um fenômeno recente na interpretação jurídica brasileira, que significa, nada mais, nada menos, do que o reconhecimento de que eles devem exercer uma função, a qual não se limita ao atendimento dos interesses privados e particulares, mas sim a interesses e valores maiores, particularmente aqueles consagrados pela Constituição Federal, como a justiça, a segurança, o valor social da livre iniciativa, o bem comum e, especialmente, a dignidade da pessoa humana, pilar dos

⁸ Essas se revelam como uma das principais diferenças entre as regras e os princípios. Enquanto as primeiras têm maior concretude, os princípios se revelam por ter uma maior carga de abstração, aplicando-se, assim, a um maior número de situações. Sobre o tema ver ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 167.

⁹ Sobre o tema ver, exemplificativamente, TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. t. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 145-155; PAMPLONA, Rodolfo. Breves reflexões sobre o princípio da função social. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; LOBO, Fabíola Albuquerque (Coord.). *A função social nas relações privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 37-61; RENTERÍA, Pablo. Op. cit. p. 281-313.

ordenamentos jurídicos ocidentais no pós-guerra, em nítida observância à constitucionalização do direito civil.¹⁰

Isso significa que a funcionalização reclama dos institutos jurídicos uma interpretação valorativa, devendo-se priorizar seu perfil funcional, seus efeitos e repercussões, a fim de analisar a função e a finalidade para a qual os institutos subsistem.¹¹

Com efeito, aplicando-se a funcionalização às relações negociais se extrai a função social dos contratos, que consiste no reconhecimento de que as relações contratuais devem ser submetidas a um controle de merecimento de tutela, de modo que elas só serão merecedoras de proteção se atenderem os novos fins e valores estabelecidos pela Constituição.

A função social dos contratos, então, impõe às partes o dever de perseguir não apenas os seus interesses particulares, mas também a realização e a

¹⁰ Nesse sentido, ensina Maria Celina Bodin de Moraes que “as normas de direito civil necessitam ser interpretadas como reflexo das normas constitucionais. A regulamentação da atividade privada (porque regulamentação da vida cotidiana) deve ser, em todos os seus momentos, expressão da indubitável opção constitucional de privilegiar a dignidade da pessoa humana. Transforma-se, em consequência, o direito civil: de regulamentação da atividade econômica individual, entre homens livres e iguais, para regulamentação da vida social, na família, nas associações, nos grupos comunitários, onde quer que a personalidade humana melhor se desenvolva e a sua dignidade seja mais amplamente tutelada. A transformação não é de pequena monta. Ao invés da lógica proprietária, da lógica produtivista e empresarial (numa palavra, patrimonial), são os valores existenciais que, privilegiados pela Constituição, se tornam, no âmbito do direito civil, prioritários”. MORAES, Maria Celina Bodin. A caminho de um direito civil-constitucional. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 15. Ainda sobre a constitucionalização do direito civil, ver TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008; e SCHREIBER, Anderson. Direito civil e constituição. In: SCHREIBER. *Direito civil e constituição*. São Paulo: Atlas, 2013.

¹¹ Como observa Carlos Nelson Konder, superada a análise estrutural dos institutos jurídicos “através da consciência de que a atividade interpretativa necessariamente envolve valores – e, portanto, é necessário revelá-los – defendeu-se a importância de priorizar, na análise de um instituto, seu perfil funcional, seus efeitos, passando de ‘como ele é’ para o ‘para que ele serve’”. Esta premissa foi expressamente assumida pelo marco teórico chamado direito civil-constitucional, o qual destaca que, não apenas deve-se priorizar a análise da função do instituto, mas também verificar sua compatibilidade com os valores que justificam a tutela jurídica do instituto por parte do ordenamento, positivados, sob a forma de preceitos constitucionais. 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 instrumento para a realização das normas constitucionais. A isto normalmente se refere como ‘funcionalização’ dos institutos de direito civil”. KONDER, Carlos Nelson. *Causa e tipo: a qualificação dos contratos sob a perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro, 2014. p. 21-22.

promoção de valores constitucionais, atendendo-se a interesses extracontratuais relevantes do ponto de vista social, a fim de justificar uma tutela jurídica pelo ordenamento.¹²

Isso não significa, contudo, que a função social dos contratos impõe uma limitação à liberdade de contratar.¹³ Uma leitura desatenta do art. 421 do Código Civil, que positiva o princípio da função social dos contratos no ordenamento jurídico pátrio, pode levar a uma falsa conclusão de que ele exerce uma função limitadora da liberdade negocial. A redação do mencionado dispositivo traz essa impressão, como se constata da sua transcrição: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Veja-se que o Código Civil se refere, expressamente, em exercício da liberdade de contratar em razão e nos limites da função social do contrato. É possível observar, e a questão é puramente de interpretação de texto, que o dispositivo não menciona que a liberdade de contratar está limitada pela função social do contrato. O que se afirma, no referido dispositivo, é que a liberdade de contratar será exercida nos limites da função social, isto é, em estrita observância à função social.

Por essa razão, o art. 421 do Código Civil não deve ser lido como um limite à liberdade das partes, pois elas continuam livres para contratar. Entretanto, essa liberdade só será legitimamente exercida e, portanto, merecedora de tutela, se atender à sua função social. Então, a função social dos

¹² No mesmo sentido, afirma Gustavo Tepedino que “a função social do contrato deve ser entendida como princípio que, informado pelos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), do valor social da livre iniciativa (art. 1º, IV) – fundamentos da República – e da igualdade substancial (art. 3º, III) e da solidariedade social (art. 3º, I) – objetivos da República – impõe às partes o dever de perseguir, ao lado de seus interesses individuais, a interesses extracontratuais socialmente relevantes, dignos de tutela jurídica, que se relacionam com o contrato ou são por ele atingidos”. TEPEDINO. Op. cit. 2009. p. 399.

¹³ Em sentido contrário, afirma Judith Martins-Costa que a função social dos contratos exerce uma função limitadora à liberdade de contratar, que passa a ser uma *liberdade situada*, “a liberdade que se exerce na vida comunitária, isto é, o lugar onde imperam as leis civis. Essa clivagem fundamental já estava em Sófocles, acima lembrado. Daí a imediata referência, logo após a liberdade de contratar, à função social do contrato; daí a razão pela qual liberdade e função social se acham *entretecidos*, gerando uma nova idéia, a de autonomia (privada) solidária. É que, como ‘liberdade situada’, a liberdade de contratar a que alude o art. 421 é elemento componente e manifestação da *autonomia privada*, compreendida como ‘o processo de ordenação que faculta a livre constituição e modelação das relações jurídicas pelos sujeitos que nela participam’”. MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. *Revista Direito GV*. v. 1. n. 1. p. 43, maio-2005.

contratos é, na verdade, não um limite à liberdade contratual ou à autonomia privada e negocial, mas sim uma fonte legitimadora do seu exercício. O que se coíbe com a função social dos contratos é o abuso, é o exercício desfuncionalizado da liberdade de contratar, mas não a liberdade de contratar em si,¹⁴ uma vez que a liberdade exercida abusivamente não é merecedora de tutela e, portanto, não recebe o amparo jurídico como tal.

Pensar de modo contrário, entendendo como um limite à autonomia privada, seria negar o próprio atendimento dos interesses particulares das partes, o que, obviamente, não pode ser afastado em uma relação negocial. A partes buscam, ao contratar, inequivocamente, os seus interesses. A ordem constitucional brasileira prestigia a livre iniciativa e o exercício das atividades econômicas, como se extrai do art. 170 da Constituição Federal, de modo que a promoção desses interesses não pode ser repudiada.

Portanto, o princípio da função social dos contratos não se caracteriza como um instrumento para afastar os interesses particulares das partes, de modo que um contrato só possa atender interesses sociais. Tal conclusão é, evidentemente, equivocada. O que a função social impõe é que no atendimento dos interesses particulares, as partes não deixem de observar os limites, finalidades e valores impostos pela Constituição, como, por exemplo, a dignidade da pessoa humana. Desse modo, e a título de exemplo, se um contrato é celebrado com conteúdo que despreze os direitos da personalidade, os quais tutelam e promovem a dignidade, esse negócio não será merecedor de tutela, por ofensa ao princípio da função social.¹⁵

Por tudo o que foi dito, só se pode concluir que o conteúdo normativo do princípio da função social do contrato é impor às partes um determinado

¹⁴ No mesmo sentido, assim expressam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald: “Aqui surge em potência a função social do contrato. Não para coibir a *liberdade de contratar*, como induz a literalidade do art. 421, mas para legitimar a *liberdade contratual*. A liberdade de contratar é plena, pois não existem restrições ao ato de se relacionar com o outro. Todavia, o ordenamento jurídico deve ser submeter a composição do conteúdo do contrato a um controle de merecimento, tendo em vista as finalidades eleitas pelos valores que estruturam a ordem Constitucional”. FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. v. 4. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 222-223.

¹⁵ Nesse sentido, e como observam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, “O contrato não ‘é’ função social. Ele é *dotado* de função social”. FARIAS; ROSENVALD. Op. cit. p. 225.

comportamento ao contratar, um verdadeiro padrão de conduta, na medida em que elas não devem se limitar ao atendimento de seus interesses particulares, mas também devem atender a uma função promocional dos valores constitucionais sociais.

Mas, cumpre observar que tal comportamento deve ser visto tanto sob uma ótica positiva, quanto negativa. Do ponto de vista positivo, impõe-se às partes um agir em conformidade com os fins constitucionais, buscando atender, na medida da espécie negocial contratada, a justiça social, a dignidade da pessoa humana e um comportamento solidário e colaborativo entre as partes, como, por exemplo, estimulando e facilitando o cumprimento daquilo que foi acordado. Por outro turno, a função social dos contratos também impõe às partes deveres negativos de conduta, como não causar a degradação da dignidade das próprias partes e de terceiros, e de não promover o desequilíbrio das relações e levar a injustiças sociais e econômicas, como no caso de duas grandes companhias que acordam uma fusão em prejuízo do mercado e das relações econômicas, ou de uma incorporadora que planeja uma construção que acarrete danos ao meio ambiente ou à comunidade local.

4. AS FUNÇÕES OU A EFICÁCIA INTERNA E EXTERNA DA FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS

É ainda comum, na doutrina pátria, fazer-se menção a uma bipartição da função social dos contratos em função ou eficácia interna e externa da função social, em referência à produção de efeitos da função social dos contratos entre as partes contratantes e sobre interesses de terceiros, seja individualmente, seja coletivamente.

No tocante à função social interna, esta diz respeito única e exclusivamente aos efeitos do princípio da função social dos contratos sobre as partes contratantes. Neste sentido, as partes devem, ao contratar, procurar estabelecer direitos e obrigações equânimes e justas, assegurando-se, ainda, a

plena dignidade entre si,¹⁶ evitando que o indivíduo que contrata, na observação de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, “seja vítima de sua própria fragilidade ao realizar relações contratuais que, mesmo sob o pálio da liberdade contratual, culminem por instrumentalizá-lo”.¹⁷

Quanto a esta função interna, a questão parece não trazer maiores dificuldades. E isso porque se acredita ser indubitoso que, diante do princípio da relatividade dos contratos, em que estes produzem efeitos apenas entre as partes contratantes, os sujeitos devem, nas relações entre si, orientar-se pelos valores constitucionais, não violando os deveres mais comezinhos que devem subsistir em uma relação negocial.

Mas, como dito, essa ausência de dificuldades é apenas aparente. Isso porque é comum interpretar como aplicação da função social do contrato aquilo que é, em verdade, uma aplicação pura e simples dos ditames da boa-fé, a qual impõe às partes um atuar probo, honesto, ético e também colaborativo, além da observância dos chamados deveres anexos.

Deste modo, e ao contrário do que se observa em situações concretas, em que se afirma a aplicação da função social dos contratos nessas hipóteses, a eficácia interna deste princípio acaba por corresponder aos deveres impostos pela boa-fé objetiva,¹⁸ de modo que o seu conteúdo, sob esta ótica, acaba esvaziado.¹⁹

A questão, contudo, de maior dificuldade e controvérsia diz respeito à função social externa do contrato, isto é, a produção de efeitos *ultra partes* da função social dos contratos. O problema reside, particularmente, no fato de que, na medida em que o contrato visa atender os interesses daqueles que negociam,

¹⁶ Neste sentido, e a título exemplificativo, GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 131.

¹⁷ FARIAS; ROSENVALD. Op. cit. p. 229.

¹⁸ Sobre essa questão, questionam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald se a eficácia interna da função social não corresponderia, em verdade, a uma superafetação da boa-fé objetiva, na medida em que no “bojo da relação interna, prevalece a boa-fé como *standard* ético que nos impele a ajustar o nosso comportamento a padrões de conduta pautados pela lealdade, pela honestidade e pela cooperação perante o *alter*, transformando toda e qualquer relação obrigacional em um momento de preservação de direitos fundamentais, em que não se frustra a legítima expectativa dos partícipes quanto à realização do interesse econômico subjacente ao contrato”. FARIAS; ROSENVALD. Op. cit. p. 227.

¹⁹ A mesma conclusão é tirada por Pablo Rentería. RENTERÍA. Op. cit. p. 288.

o que se extrai do já mencionado princípio da relatividade,²⁰ há uma certa barreira na compreensão da necessidade de observância, pelas partes, de interesses de terceiros alheios à relação contratual, seja individualmente, seja coletivamente.

Inicialmente, cumpre ressaltar que a eficácia externa da função social dos contratos encontra fundamento no princípio da solidariedade social, constitucionalmente assegurado no art. 3º, I, da Lei Fundamental, como um objetivo da República, o qual impõe a todos um agir cooperativo, em prol do bem comum.

Deste modo, pela função social externa, as partes, ao contratar, não podem simplesmente ignorar a sociedade e as pessoas que as rodeiam. Exige-se delas um pensamento solidarista, de modo que os sujeitos do contrato devem, ao celebrá-lo, sempre ter em mente o equilíbrio e a confiança nas relações de um modo geral, não podendo atingir negativamente a esfera jurídica de terceiros, e tampouco ofender valores superiores consagrados pelo ordenamento, como, por exemplo, o meio ambiente, a livre concorrência, a dignidade da pessoa humana ou outros interesses constitucionalmente assegurados.²¹

Aqueles que defendem a plena eficácia externa da função social do contrato, inclusive, afirmam que é nesta produção de efeitos para além das partes que se revela, verdadeiramente, a função social do contrato, ante o seu caráter exógeno, pois no que toca aos efeitos internos, a questão se resolve, como visto, pela aplicação do princípio da boa-fé objetiva, cujo caráter é endógeno, que se propõe a estabelecer padrões de comportamento entre as partes que se relacionam.²²

²⁰ Como observa Gustavo Tepedino, “o princípio da função social dos contratos enseja a mitigação da relatividade dos contratos, ou a *relativização da relatividade*, por meio da imposição de deveres aos contratantes”. TEPEDINO. Op. cit. 2009. p. 401.

²¹ Cf. RENTERÍA. Op. cit. p. 290.

²² Neste sentido, explicita Humberto Theodoro Júnior que “A função social do contrato consiste em abordar a liberdade contratual em seus reflexos sobre a sociedade (terceiros) e não apenas no campo das relações entre as partes que o estipulam (contratantes). Já o princípio da boa-fé fica restrito ao relacionamento travado entre os próprios sujeitos do negócio jurídico”. THEODORO JÚNIO, Humberto. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 49.

Então, pela função social externa do contrato as partes devem, ao contratar, observar as pessoas em seu entorno, deixando de observar puramente os interesses particulares, internos à relação, para também atender aos valores e finalidades constitucionais sob o aspecto da coletividade, em pleno atendimento à socialidade.

Deste modo, e ao contrário do que muitos afirmam, a função social do contrato não se revela apenas como mais um instrumento de proteção das partes contratantes contra ingerências de terceiros na relação contratual, mas sim em uma necessidade de atuação promocional das partes para atender interesses alheios aos meramente particulares, assim como uma vedação à prática de condutas lesivas a terceiros não contratantes.

Sobre essa questão, interessante é a discussão sobre a aplicabilidade, ou não, da função social dos contratos como meio de proteção contra lesões provocadas pelo terceiro cúmplice. O terceiro cúmplice é aquele que, desrespeitando a relação jurídica contratual celebrada entre as partes, colabora para o seu descumprimento, assim ampliando a esfera de responsabilidade para além da parte que descumpriu o contrato, atingindo também o terceiro que colaborou para o inadimplemento.

Sob esta ótica, o princípio da função social dos contratos seria apenas mais um mecanismo de tutela contratual das partes, em reforço ao princípio da relatividade. Trata-se, à toda evidência, de um reducionismo que traz para a função social dos contratos um caráter meramente acessório, um argumento de reforço na aplicação do princípio da relatividade, esvaziando-o de sua aplicabilidade autônoma, de atendimento dos interesses extracontratuais socialmente relevantes.²³

Sem prejuízo, e em que pese se possa afirmar a eficácia externa da função social com caráter promocional dos valores constitucionais, sua aplicação externa tem um caráter mais relevante em seu viés negativo, de não ofensa aos interesses dos demais sujeitos e valores da sociedade.

²³ Sobre o tema ver, por todos, TEPEDINO, Gustavo. Op. cit. 2009. p. 397-399.

Nesse sentido, não podem as partes contratantes, através de disposições contratuais ou pela prática de atos decorrentes do contrato celebrado, atentar contra direitos e interesses de terceiros, seja sob a ótica individual, seja sob a ótica coletiva, assim preservando, incólume, a esfera jurídica alheia.

5. A FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS NA JURISPRUDÊNCIA DO STJ

Na prática dos Tribunais, e particularmente do Superior Tribunal de Justiça, a aplicação do princípio da função social do contrato tem se revelado atécnica e dissonante do seu conteúdo normativo. O que se tem visto é uma utilização indiscriminada do princípio da função social do contrato. Em verdade, este princípio tem sido empregado como um mero argumento de retórica, um trunfo, um coringa em diversas situações que, em verdade, nada têm a ver com a função social do contrato, assim esvaziando-o, retirando a sua verdadeira importância. Trata-se de uma aplicação análoga ao que se vê, por exemplo, na jurisprudência do STF, quando emprega o postulado da dignidade da pessoa humana indiscriminadamente, em casos que, no rigor da técnica, não se solucionariam com a dignidade humana.²⁴ Nessa esteira, o STJ possui inúmeros precedentes de aplicação equivocada do princípio da função social do contrato. Neste trabalho, resumir-se-á à análise de três precedentes.

O primeiro deles é o Recurso Especial nº 1.485.717-SP.²⁵ A hipótese, neste julgado, foi de negativa, por seguradora, de pagamento de indenização no caso de acidente de veículo causado por motorista alcoolizado, preposto da pessoa jurídica segurada.

Como um dos fundamentos para entender como válida a recusa, o Superior Tribunal de Justiça invocou a função social do contrato, sob o argumento de que dirigir embriagado violaria a segurança coletiva.

²⁴ Exemplo é o julgamento da Ação Direito de Inconstitucionalidade nº que decidiu pela inconstitucionalidade de lei do Estado do Rio de Janeiro que permitia competições de brigas entre aves, popularmente chamada de *rinha de galo*. Um dos fundamentos empregados para a proibição foi a dignidade da pessoa humana. Ver ADI 1.856/RJ. Relator Ministro Celso de Mello. Tribunal Pleno. Julgamento em 26/05/2011. DJe 14/10/2011.

²⁵ REsp 1.485.717-SP. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Terceira Turma. DJe 14/12/2016.

Ora, a questão sobre dirigir embriagado violar a segurança pública ou coletiva em nada se relaciona com a questão contratual do seguro em si, o qual trabalha, na hipótese, com a questão do agravamento do risco. Basta imaginar que se tivesse um seguro de proteção total que abarcasse, por exemplo, também acidentes causados por motorista embriagado não levaria, sob hipótese alguma, à recusa da seguradora em pagar a indenização.

Com efeito, dirigir sob a influência de álcool, do ponto de vista da segurança pública ou coletiva, vai repercutir em questões administrativas – como, por exemplo, perda da carteira –, ou até mesmo criminais, mas não deve ser examinada sob a ótica da função social do contrato. Em verdade, tal conduta, que provoca agravamento do risco se reflete em uma violação à boa-fé objetiva, pela quebra da confiança, ou mesmo uma pura às cláusulas contratuais.

Em outro julgado, no Recurso Especial nº 1.245.618,²⁶ o STJ também entendeu pela aplicação dos princípios da solidariedade e da função social dos contratos para legitimar o terceiro vítima de acidente de veículo automotor a demandar diretamente em face da seguradora. Entendeu-se, neste caso, que “De fato, a interpretação do contrato de seguro dentro dessa perspectiva social autoriza e recomenda que a indenização prevista para reparar os danos causados pelo segurado a terceiro seja por este diretamente reclamada da seguradora. Sem se afrontar a liberdade contratual das partes - as quais quiseram estipular uma cobertura para a hipótese de danos a terceiros - maximiza-se a eficácia social do contrato com a simplificação dos meios jurídicos pelos quais o prejudicado pode haver a reparação que lhe é devida”.

Tal conclusão também parece equivocada, pois a legitimidade passiva da seguradora, na hipótese, tem razões estritamente processuais, e não tem vínculo, propriamente, com a função social. Essa possibilidade de manejo, *per saltum*, da ação indenizatória diretamente em face da seguradora tem como fundamento os princípios da efetividade e celeridade processual, evitando-se perdas de tempo desnecessárias. Não se está tratando, ao conferir a possibilidade de ajuizamento da ação pelo terceiro em face da seguradora, de

²⁶ REsp 1.245.618-RS. Rel. Min. Nancy Andrighi. Terceira Turma. DJe 30/11/2011.

repercussões sociais do contrato, mas sim do reconhecimento de medidas processuais mais céleres e eficazes, haja vista que o segurado, caso demandado, poderia denunciar a lide à seguradora, prologando o *iter* processual.

Portanto, a questão em nada tem a ver com a função social do contrato celebrado entre a seguradora e o segurado. Como visto, a função social impõe deveres de conduta e abstenções em respeito aos valores e finalidades constitucionais. A questão envolvendo legitimidade processual diz respeito ao processo, e não ao contrato em si ou à sua eficácia.

Último exemplo para trazer à lume é o da aplicação do princípio da função social dos contratos no caso aqui já mencionado de terceiro cúmplice, em que comumente se aplica o princípio para justificar a ampliação da esfera de responsabilidade pelo inadimplemento contratual. Veja-se, exemplificativamente, o Recurso Especial nº 468.062-CE.²⁷

O caso diz respeito à aquisição de imóveis sob o regime do Sistema Financeiro de Habitação – SFH, cujos negócios eram financiados, originariamente, pelo Banco Nacional de Habitação – BNH. Com a extinção desta instituição financeira, os créditos foram cedidos à Caixa Econômica Federal, que assumiu tais contratos.

Na hipótese, os adquirentes adquiriram o imóvel junto à incorporadora, cuja obra foi financiada pelo BNH, que recebeu como garantia cédulas de crédito hipotecária celebradas com os adquirentes. Ocorre que, os compradores embora tenham quitado os títulos antes da cessão, foram surpreendidos com uma execução promovida pela CEF, em razão do inadimplemento da incorporadora com o empréstimo contraído para a construção. A Caixa Econômica, então, executou os adquirentes.

O STJ utilizou como fundamento para excluir a responsabilidade dos adquirentes o princípio da boa-fé objetiva e da função social do contrato. Segundo a Corte, a partir da doutrina do terceiro cúmplice e da tutela externa do crédito, o inadimplemento da incorporadora repercute na esfera jurídica dos

²⁷ REsp 468.062-CE. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros. Segunda Turma. DJe 01/12/2008.

adquirentes. No entanto, como estes haviam cumprido com as suas obrigações antes da cessão, o negócio celebrado entre a instituição financeira e a incorporadora não poderia ter sua eficácia ampliada para atingir os adquirentes adimplentes.

Em verdade, examinando a questão com maior atenção, e em observância aos princípios tradicionais dos contratos, é possível observar que a questão diz respeito à aplicação, pura e simplesmente, da relatividade dos contratos.

Parece evidente que o inadimplemento da incorporadora não pode atingir aquele que, de boa-fé, quitou suas dívidas antes da cessão dos créditos – créditos esses que, tecnicamente, não mais existiam, uma vez que o pagamento leva à extinção da obrigação – à instituição financeira. Portanto, a função social do contrato foi empregada apenas como um argumento de reforço para justificar a não responsabilização dos adquirentes, e não propriamente de modo técnico.

Como é possível perceber dos três exemplos trazidos, o princípio da função social dos contratos é comumente empregado equivocadamente nos julgamentos do Superior Tribunal de Justiça, que muitas vezes utiliza a função social com o objetivo de reforçar desnecessariamente outros fundamentos, dando glamour à fundamentação, ou mesmo como substitutivo ao correto fundamento para a decisão.

6. CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988 e, posteriormente, o Código Civil de 2002, cuja entrada em vigor se deu em 2003, promoveram profundas modificações no campo do direito privado. Quando da edição do Código Civil de 1916, a realidade social era absolutamente diversa, com uma nítida supervalorização dos interesses patrimoniais, o que se revelava no quase absoluto direito de propriedade e na liberdade quase intangível das relações negociais.

Os tempos mudaram. Os horrores da guerra fizeram com que grande parte da humanidade abrisse os olhos para o abismo que se caminhava, um

trajeto sem volta para a selvageria e a barbárie. A partir de então, viu-se a necessidade de uma reumanização das relações sociais.

Isso ficou evidente nas Constituições do Pós-Guerra, que passaram a consagrar expressamente em seu texto a dignidade da pessoa humana como um valor universal, uma meta a ser perseguida pelo Estado e pela sociedade. Junto com a dignidade da pessoa humana, outros interesses e preocupações também passaram a ocupar papel de destaque, como é o caso da solidariedade social.

Viu-se, com as experiências trágicas do passado, que uma vida não se constrói sozinho, no egoísmo dos interesses particulares, mas sim com uma visão voltada para fora das janelas das relações meramente privadas. A preocupação com o outro e com valores superiores deve nortear não apenas as situações existenciais, mas também aquelas patrimoniais, objeto dos negócios jurídicos.

Nessa esteira, a função social representa uma mudança de paradigmas, e não apenas de normas jurídicas. Alterou-se a forma de se pensar o direito e, especialmente quando se fala em função social dos contratos, as relações negociais, impondo-se às partes a necessidade de olhar o outro, tanto individualmente, quanto coletivamente.

Portanto, a função social dos contratos deve ser vista como uma princípio norteador das relações contratuais, um farol a guiar aqueles que navegam nos tortuosos mares das relações patrimoniais, em que os sujeitos são tentados a sempre fazer prevalecer seus interesses econômicos, em detrimento do outro.

O caminho, é certo, ainda não foi todo trilhado. Arrisca-se dizer que talvez jamais se chegue ao seu fim. Mas, isso não significa que não se deva andar por ele, buscando, dia após dia, atingir o seu propósito, que se resume numa simples assertiva, mas de difícil realização, que é a de alcançar uma sociedade mais justa, livre e solidária.

REFERÊNCIAS

- ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015
- BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. In: BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2012
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito – o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2012
- CARBONELL, Miguel. *Nuevos tiempos para el constitucionalismo*. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s): colección estructuras y procesos*. Madrid: Trotta, 2011
- FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. v. 4. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2017
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito civil: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2006
- GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*. São Paulo: Saraiva, 2004
- KONDER, Carlos Nelson. *Causa e tipo: a qualificação dos contratos sob a perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro, 2014
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018

- MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. *Revista Direito GV*. v. 1. n. 1. p. 41-66, maio-2005
- MORAES, Maria Celina Bodin. A caminho de um direito civil-constitucional. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010
- PAMPLONA, Rodolfo. Breves reflexões sobre o princípio da função social. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; LOBO, Fabíola Albuquerque (Coord.). *A função social nas relações privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2019
- RENTERÍA, Pablo. Considerações acerca do atual debate sobre o princípio da função social do contrato. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006
- SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009
- SCHREIBER, Anderson. Direito civil e constituição. In: SCHREIBER. *Direito civil e constituição*. São Paulo: Atlas, 2013
- TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. t. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009
- TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008
- THEODORO JÚNIO, Humberto. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2003