

**UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA “JÚLIO DE MESQUITA FILHO”
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS**

ROBERTO ALVES DE OLIVEIRA FILHO

**A FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS À LUZ DA DOUTRINA E DA
JURISPRUDÊNCIA A PARTIR DO CÓDIGO CIVIL DE 2002**

FRANCA

2017

ROBERTO ALVES DE OLIVEIRA FILHO

**A FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS À LUZ DA DOUTRINA E DA
JURISPRUDÊNCIA A PARTIR DO CÓDIGO CIVIL DE 2002**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito, Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Kelly Cristina Canela

FRANCA

2017

Oliveira Filho, Roberto Alves de.

A função social dos contratos à luz da doutrina e da jurisprudência a partir do Código Civil de 2002 / Roberto Alves de Oliveira Filho. – Franca : [s.n.], 2017.

172 f.

Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Estadual Paulista. Faculdade de Ciências Humanas e Sociais.

Orientadora: Kelly Cristina Canela

1. Brasil - Superior Tribunal de Justiça. 2. Direito civil - Jurisprudencia. 3. Contratos. I. Título.

CDD – 341.4191

ROBERTO ALVES DE OLIVEIRA FILHO

**A FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS À LUZ DA DOUTRINA E DA
JURISPRUDÊNCIA A PARTIR DO CÓDIGO CIVIL DE 2002**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito, Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Presidente: _____

Profa. Dra. Kelly Cristina Canela

1º Examinador: _____

2º Examinador: _____

Franca, ____ de _____ de 2017.

Dedico este trabalho à João Cunha Netto,
como lembrança da última grande realização
que pude lhe presentear.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, agradeço a Deus, sem o qual nada seria possível.

À minha orientadora, professora Kelly Cristina Canela, pelos ensinamentos e orientações para o desenvolvimento deste trabalho.

À minha família, especialmente aos meus pais Roberto e Maria, que mais uma vez me apoiaram em mais uma de minhas empreitadas.

À Débora Messias, de quem novamente subtraí horas de convívio para a elaboração desta dissertação.

Ao meu grande amigo e mestre João Carlos Bianco, que me acompanhou desde o início deste projeto, agora concretizado.

Agradeço aos parceiros da biblioteca do campus de Franca, especialmente a Laura Odette Dorta Jardim, pela amizade e infindável paciência.

Por último, mas não menos importante, agradeço às minhas amigas do mestrado Ana Luiza Figueira Porto e Edwirges Elaine Rodrigues, pelo companheirismo e solidariedade em todos os momentos.

Não é possível interpretar e aplicar uma lei
com desconhecimento ou desprezo de sua finalidade social.

Orlando Gomes

OLIVEIRA FILHO, Roberto Alves de. **A função social dos contratos à luz da doutrina e da jurisprudência a partir do Código Civil de 2002**. 2017. 172 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2017.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo verificar o tratamento dado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça ao princípio da função social do contrato, investigando se o fundamento das decisões judiciais da referida corte guarda relação com a doutrina sobre o tema. O estudo tem início com a evolução da disciplina contratual e os fatores que a influenciaram, partindo do Estado Liberal para chegar ao Estado Social. A nova ordem social prioriza as questões existenciais, objetivando a efetividade e a eficácia dos direitos fundamentais no direito público e no direito privado. É neste contexto que se identificam os fundamentos constitucionais refletidos no direito privado, principalmente na disciplina contratual, que acabaram por modificar os contornos do contrato, promovendo igualdade material entre as partes e a justiça contratual. A positivação do princípio da função social do contrato no artigo 421 do Código Civil é um dos reflexos dessa nova ordem social no direito privado brasileiro. Valendo-se dos elementos conceituais retirados de doutrina especializada sobre o tema, analisam-se decisões do Superior Tribunal de Justiça, nas quais se constata que a aplicação da função social do contrato em determinados casos diverge das prescrições doutrinárias e jurisprudenciais, além de construir novos entendimentos.

Palavras-chave: função social do contrato. Superior Tribunal de Justiça. decisões judiciais.

OLIVEIRA FILHO, Roberto Alves de. **A função social dos contratos à luz da doutrina e da jurisprudência a partir do Código Civil de 2002**. 2017. 172 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2017.

ABSTRACT

The present paper has the objective to verify the treatment given by the jurisprudence of the Superior Court of Justice to the principle of the social function of the contract, investigating the arguments of the judicial decisions of that court which are relative to the doctrine on the subject. The research has its start with a study about the evolution of the discipline of the contract, as well as the factors that influence it, beginning from the Liberal State to the Social State. The new social order prioritizes the existential questions, aiming on the effectiveness of the fundamental rights in public and in private law. It is in this context that identification of the fundamental rights are reflected in the private law, primarily in the course of the contract, which eventually modify the contours of the agreement, promoting substantive equality between the parties and the contractual justice. The recognition of the principle of the social function of the contract at the article 421 of the Civil Code is one of the reflections of this new social order in the brazilian private law. Given the conceptual elements from the specialized doctrine on the subject, this paper analyzes the decisions of the Superior Court of Justice, which states that the implementation of the social function of the contract in certain cases diverges from the prescriptions of doctrine and jurisprudence, in addition to building new understandings.

Keywords: social function of the contract. Superior Court of Justice. judicial decisions.

OLIVEIRA FILHO, Roberto Alves de. **A função social dos contratos à luz da doutrina e da jurisprudência a partir do Código Civil de 2002**. 2017. 172 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2017.

RIASSUNTO

Il presente lavoro ha l'obiettivo di verificare il trattamento dato dalla giurisprudenza del Tribunale Superiore di Giustizia al principio della funzione sociale del contratto, indagando se la fondazione delle decisioni giudiziarie della cosiddetta corte prende rapporto con la dottrina sul tema. Lo studio ha l'inizio con l'evoluzione della disciplina contrattuale e i fattori che l'hanno influenzata, partendo dallo Stato Liberale ad arrivare allo Stato Sociale. Il nuovo ordine sociale dà priorità alle domande esistenziali, obiettivando l'effettività e l'efficacia dei diritti fondamentali nel diritto pubblico e nel diritto privato. È in questa situazione che si identificano i fondamenti costituzionali riflessi nel diritto privato, principalmente nella disciplina contrattuale che hanno finito di cambiare i contorni del contratto, promuovendo uguaglianza materiale tra le parti e la giustizia contrattuale. La positivizzazione del principio della funzione sociale del contratto nell'articolo 421 del Codice Civile è uno dei riflessi di questo nuovo ordine sociale nel diritto privato brasiliano. Valendosi degli elementi concettuali ritirati dalla dottrina specializzata sul tema, si analizzano le decisioni del Tribunale Superiore di Giustizia, nelle quali si constata che l'applicazione della funzione sociale del contratto in determinati casi si differisce dalle prescrizioni dottrinali e giurisprudenziali, oltre a costruire nuove intese.

Parole-chiave: funzione sociale del contratto. Tribunale Superiore di Giustizia. decisioni giudiziarie.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
 CAPÍTULO 1 PROLEGÔMENOS À FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS.....	17
1.1 Noção de função social do contrato	22
1.2 Breve contextualização histórica sobre a função social do contrato.	30
1.3 Algumas considerações sobre a análise econômica da função social do contrato.....	34
 CAPÍTULO 2 INTERPRETAÇÃO CONTRATUAL, CLÁUSULAS GERAIS E CONCEITOS LEGAIS INDETERMINADOS.....	40
2.1 O Código civil de 1916, a fórmula casuística, a abertura do sistema e as cláusulas gerais.....	45
2.2 Os conceitos legais indeterminados e as suas relações com as cláusulas gerais.	52
 CAPÍTULO 3 PRINCÍPIOS DO DIREITO CONTRATUAL E A REVISITAÇÃO PELA FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS.....	58
3.1 Os princípios do direito contratual.....	61
3.2 Os princípios do direito contratual clássico.	66
3.3 Princípio da autonomia da vontade.....	67
3.4 Princípio da força obrigatória dos contratos	76
3.5 Princípio da relatividade dos efeitos.....	84
3.6 Princípio do consensualismo	96
 CAPÍTULO 4 A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E A INTERPRETAÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA À LUZ DO CÓDIGO CIVIL DE 2002.	99
4.1 Os contratos de plano de saúde e a aplicabilidade da função social.....	104
4.2 Os contratos de seguro e a aplicação da função social.....	118
4.3 Os contratos de crédito educativo e a função social do contrato.....	134
4.4 Os contratos de compra e venda de imóvel financiado e a função social do contrato...	138
 CONCLUSÃO	148
 REFERÊNCIAS.....	152

INTRODUÇÃO

A sociedade é marcada por avanços e retrocessos. O poder, antigamente concentrado na figura de pessoas com maior influência política, passou por transformações com a consolidação do Estado, a partir do modelo liberal, até atingir a fase do Estado Social.

Essa evolução trouxe reflexos nas relações contratuais, pois a globalização e a estandardização na circulação de produtos e na prestação de serviços provocaram situações inéditas em âmbito negocial, o que tem levado por vezes a incertezas jurídicas no campo do direito contratual.

A estreita ligação que existe entre o contrato, a economia e o ambiente sócio-político em que estão inseridos resulta em uma constante evolução da disciplina contratual, visto que o contrato se revela, primordialmente, como instrumento para a circulação das riquezas produzidas pela sociedade.

Entretanto, para se ter uma exata compreensão da problemática abordada nesta pesquisa, a atenção não deve se concentrar somente no contrato como instrumento jurídico em si, mas sim em todos os elementos que o circundam, que podem ser resumidamente descritos como econômicos, políticos e sociais.

Dessa forma, as garantias básicas como a dignidade da pessoa humana merecem atenção e cuidado, como forma de atender aos direitos em questão. Em outras palavras, o contrato não pode gerar uma situação exploratória de uma parte sobre a outra, especialmente a tida como vulnerável, pois estaria descumprindo o seu papel sociológico.

Com efeito, esse é o ponto de partida desta pesquisa. Para se chegar à problemática central desta investigação, que vem a ser o tratamento dado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça ao princípio da função social do contrato, propõe-se inicialmente analisar o instituto do contrato desde o período do Estado Liberal até o Estado Social.

A análise do direito contratual será feita com as perspectivas econômicas, políticas e sociais de cada momento, pois se tem como básica a premissa de que o contrato é um instrumento para a efetivação e concretização das relações econômicas de cada período, sendo impossível a sua compreensão dissociada do contexto em que está inserido.

Nota-se, portanto, que o princípio da função social dos contratos não pode ser concebido apenas como uma mera norma com conteúdo programático, visto que é capaz de

tornar o contrato um instrumento de realização da dignidade da pessoa humana, garantindo uma justiça substancial e disciplinadora das relações contratuais.¹

Assim sendo, mostra-se necessário o estudo sobre a interpretação e a aplicação da função social dos contratos na regulação dos conflitos individuais e coletivos.

A partir dessa necessidade surgem algumas perguntas: Como essa interpretação tem sido feita? Quais foram os resultados dessas interpretações e aplicações para o universo dos contratos? Em quinze anos de posituação da função social, ela contribuiu para a construção de um novo entendimento jurisprudencial?

Considerando que a Constituição Federal incorporou as ideias de função social da propriedade e dignidade da pessoa humana, indispensável se faz o estudo sobre como a função social dos contratos vem sendo interpretada e aplicada pelo Superior Tribunal de Justiça.

A visão clássica dos institutos tradicionais de direito contratual perdeu espaço para uma elaboração mais voltada à realidade social, não tendo somente como base apenas os envolvidos na relação negocial.² A busca incessante do novo diploma é, portanto, incorporar a questão existencial ao invés da formalidade e do tecnicismo.

O ato de contratar corresponde ao valor da livre iniciativa, consolidada pela Constituição Federal no inciso IV do art. 1º, sendo de caráter preambular³.

¹ A função social do contrato projeta-se num primeiro momento entre as partes contratantes e ainda que atendidos os valores constitucionais que lhes digam respeito, seus efeitos se refletem sobre a sociedade como um todo. Da mesma forma se dá a função social da propriedade, que sendo rural, será atendida se forem preservados o bem estar do proprietário e não somente de terceiros, como dispõe o art. 186, inciso IV da Constituição Federal. Com efeito, observa-se que a função social não atua somente dentro da esfera contratual, no sentido de relativizar os efeitos do contrato entre as partes e terceiros, mas sim em situações nas quais existam interesses plurindividuais e individuais referentes à dignidade da pessoa humana. Nesse sentido: CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 1984. v. 2. p. 1231-1232; FERREIRA, Carlos Alberto Goulart. Equilíbrio contratual. In: LOTUFO, Renan (Coord.). **Direito civil constitucional: cadernos I**. São Paulo: Max Lemonad, 1999. p. 111.

² Nesse sentido, é oportuno destacar o pensamento de Cláudio Luiz Bueno de Godoy: “Vale repetir, o contrato, hoje, deixou de encerrar um feixe de interesses apenas contraentes, portanto espraiando efeitos à sociedade, em cujo contexto se insere, no sentido de promover os valores citados e, na sua senda, a justiça distributiva, inclusive como se viu no Capítulo 5, impondo deveres negativos também a terceiros. Se é assim, natural que no ajuste se procure, na esfera interpretativa, garantir a máxima eficácia.” GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 185.

³ O art. 421 do Código Civil dispõe que a liberdade contratual será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, tratando-se, portanto de uma projeção no direito contratual, das garantias constitucionais previstas nos arts. 5º, XXIII e 170 da Constituição Federal. Com efeito, a função social não foi criada pelo Código Civil, mas sim derivada da lógica jurídica da função social da propriedade. Nesse sentido, confira-se: LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 19-22; ASCENSÃO, José de Oliveira. Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e boa-fé. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 4, p. 12, 2000; RIBEIRO, Joaquim de Souza. **O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual**. Coimbra: Almedina, 1999; SANTOS, Eduardo Sens dos. O novo código civil e as cláusulas gerais: exame da função social do contrato. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 364, p. 87, nov./dez. 2002.

Dada a amplitude do tema, a sua limitação está circunscrita a partir da principiologia do direito contratual, com a interpretação à luz da função social.

Tal delimitação faz parte do processo para trazer o entendimento da doutrina civil sobre a função social do contrato, que em primeira análise se trata da busca da ética, do bem comum, da satisfação das questões existenciais que o Código Civil, em conjunto com a Constituição, tenta suprir, valorizando o ser humano.

A Constituição Federal não admite negócio jurídico que implique em abuso do poder econômico ou mesmo que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros, sendo impossível chancelar como válidos contratos atentatórios à livre concorrência, às leis mercantis, ambientais ou de defesa do consumidor.

Portanto, é possível vislumbrar que nem todas as contratações são possíveis, ainda que possuam os requisitos para a validade dos negócios jurídicos. Necessário é que sejam preservados os direitos e garantias individuais e coletivas inseridas na Constituição, visto que não se pode admitir que o simples poder econômico ou tecnológico se sobreponha aos interesses da coletividade, sendo necessário que a função social garanta o adequado equilíbrio contratual.

Observa-se que a promoção do solidarismo propiciou o nascimento de uma justiça distributiva e que tal instituto também se manifesta na vida negocial, uma vez que os contratos não devem ser compreendidos apenas como instrumentos de acesso ao consumo e distribuição de riquezas, visto que racionalizam toda a atividade econômica⁴.

Em razão disso, o contrato deve ser vislumbrado de forma a buscar o equilíbrio das partes e preservar os padrões mercadologicamente saudáveis. Ignorar a formação do contrato sob a égide da função social é não enxergar uma necessidade de desenvolvimento econômico através da distribuição de riquezas, instrumentalizado pelo Direito⁵.

A apresentação do tema será realizada em quatro capítulos nesta pesquisa. No primeiro capítulo será feita uma introdução sobre o princípio da função social do contrato, bem como um breve levantamento histórico sobre as origens da função social do contrato durante o final do século XIX e nas primeiras décadas do século XX.

⁴ Enzo Roppo afirma que a figura jurídica do contrato naturalmente remete à ideia de operação econômica. O art. 1.321 do Código Civil italiano é taxativo ao dispor que não há contrato sem movimentação econômica, equacionando-o como *l'accordo di due o più parti per costituire, regolare ou estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale*, entendendo-se por patrimonial, qualquer operação economicamente apreciável. Para o referido autor, uma relação jurídica configura uma operação econômica quando existir uma circulação de riqueza atual ou potencial. ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 18-19.

⁵ RULLI NETO, Antonio. **Função social do contrato**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 13-14.

Ainda no primeiro capítulo, buscou-se demonstrar que a função social dos contratos institui um novo modelo de liberdade contratual, ao superar o liberal-individualista, existente no Código Civil de 1916⁶.

No segundo capítulo, foram tecidas algumas considerações sobre as regras de interpretação contratual no sistema do Direito Civil, bem como um estudo sobre as cláusulas gerais e os conceitos legais indeterminados, tidos como novidade em se tratando de técnica legislativa no Código Civil.

Com efeito, o capítulo dois tratou de abordar o novo papel do juiz, que, frente a essa tendência de valorização o direito material, deverá se preocupar com resultados coerentes e éticos⁷.

As informações contidas no segundo capítulo conduzem ao entendimento de que a cláusula geral da função social dos contratos constitui preceito hermenêutico e de sistematização do direito contratual⁸.

O paradigma de contrato adotado no Código Civil é revisitado pelo princípio da função social. Portanto, no capítulo três, foi realizado um estudo sobre os princípios contratuais à luz da função social do contrato.

A “liberdade individual” e a “socialidade” estão condicionadas em uma relação permanente e progressiva, sendo impossível a compreensão de uma sem a outra, pois ambas

⁶ Giselda Hironaka explicita textualmente: “A doutrina da função social emerge, assim, como uma dessas matrizes, importando em limitar institutos de conformação nitidamente individualista, de modo a atender os ditames do interesse coletivo, acima daqueles do interesse particular, e, importando ainda, em igualar os sujeitos de direito, de modo que a liberdade que a cada um deles cabe, seja igual para todos.” HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A função social do contrato. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Doutrinas essenciais: obrigações e contratos: contratos: princípios e limites**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. v. 3. p. 739.

⁷ Em complemento a esse ponto está o pensamento de Sylvio Capanema de Souza: O grande desafio que se abre para os juízes, e que poderá transformar o novo Código em terrível frustração ou redenção ética, é o trabalho de conciliar estes novos conceitos de boa-fé e função social com os princípios tradicionais da autonomia da vontade e de força obrigatória dos contratos, que não foram e nem poderiam ser revogados. [...] O Novo Código não representa a morte dos valores fundamentais que sempre inspiraram o mundo dos contratos, e sim o seu temperamento para adaptá-los a um tempo, preocupado com a construção da dignidade do homem e de uma sociedade mais justa e fraternal. SOUZA, Sylvio Capanema de. O impacto do novo código civil no mundo dos negócios. **Revista da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 24, p. 186-188, 2003.

⁸ Seguindo o raciocínio de Pietro Perlingieri: “*La norma costituzionale diventa la ragione primaria e giustificatrice, anche se non l'unica, della rilevanza giuridica di tali rapporti, costituendo parte integrante della normativa nei quali essi, sotto il profilo funzionale, si sostanziano. Non quindi sempre e soltanto mera regola ermeneutica, ma norma di comportamento, idonea ad incidere anche sul contenuto delle relazioni tra situazioni soggettive, funzionalizzandole ai nuovi valori [...]. Ridefinire il fondamento e l'estensione degli istituti giuridici e specialmente di quelli civilistici sottolineando i loro profili funzionali in un tentativo di rivitalizzazione delle singole normative alla luce di un rinnovato giudizio di meritevolezza.*” PERLINGIERI, Pietro. **Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti**. 3. ed. Napoli: Scientifiche Italiane, 2006. p. 199.

formam uma unidade em sua relação, cujo resultado é integrar o contrato na realidade econômica e social⁹.

Em linhas gerais, o terceiro capítulo buscou revelar o campo de aplicação da função social do contrato elaborado pela doutrina a partir dos princípios do direito contratual.

O quarto capítulo, conjugado com o estudo do capítulo anterior, buscou atender o objetivo principal deste trabalho, visto que procurou demonstrar o panorama da interpretação dada pelo Superior Tribunal de Justiça sobre o instituto da função social do contrato, a partir do estudo de jurisprudência selecionada.

Com isso, fica evidente que a função social do contrato não é apenas mera figura retórica, ao proporcionar a construção de novos entendimentos sobre os assuntos que chegam aos tribunais, especialmente ao Superior Tribunal de Justiça.

Dadas as informações que justificam o tema apresentado nesta dissertação, constitui o objetivo geral desta pesquisa demonstrar a construção do princípio da função social do contrato pela doutrina, privilegiando a exposição de suas raízes no contexto jurídico brasileiro, com a preocupação de identificar os primeiros vestígios do instituto, mesmo antes da vigência do Código Civil de 2002.

Por sua vez, o objetivo específico da pesquisa consiste em verificar em quais tipos de casos é aplicada a norma do artigo 421, bem como se a norma é aplicada conforme a posição majoritária da doutrina, e, se em caso de aplicação divergente do entendimento consolidado, se há filiação a outra corrente ou entendimento próprio sobre o sentido da norma.

Para o cumprimento do objetivo específico, serão analisadas as decisões do Superior Tribunal de Justiça. Os dados foram coletados através do site do tribunal, no período de janeiro de 2012 a dezembro de 2016.

No que diz respeito aos procedimentos metodológicos que foram utilizados na pesquisa, cumpre aduzir a ponderação de Pedro Demo¹⁰, ao afirmar que na pesquisa, embora a metodologia não receba o seu devido valor, por ser apenas uma disciplina instrumental, desempenha papel decisivo na formação do cientista, à medida que o faz consciente de seus limites e de suas possibilidades.

⁹ No atual contexto da realidade, a antiga visão da autonomia da vontade perdeu espaço para um direito privado elaborado ao sabor da nova realidade social, tendo por base os envolvidos na relação negocial. Nesse sentido, confira-se: TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo e a nova teoria contratual. In: _____. (Coord.). **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 204.

¹⁰ DEMO, Pedro. **Introdução à metodologia da ciência**. São Paulo: Atlas, 1981. p. 13.

Na concepção de Mirian Goldenberg¹¹, para que o estudo seja considerado científico, devem ser obedecidos os critérios de coerência, originalidade e objetivação, além de se destinar a responder uma pergunta formulada, através da elaboração de um conjunto de passos que permitam chegar à resposta, demonstrando a indicação do grau de confiabilidade na resposta obtida.

Com efeito, dada a complexidade do projeto, é impossível escolher apenas um método para o desenvolvimento da pesquisa jurídica. Não é raro se admitir que o contexto hodierno da pesquisa jurídica seja caracterizado pelo pluralismo metodológico, que procura garantir ao pesquisador a objetividade necessária no tratamento dos fatos sociais.

Sendo assim, além do método lógico, qual seja o hipotético-dedutivo¹², privilegiaram esta pesquisa os métodos histórico¹³, dialético¹⁴ e comparativo¹⁵.

Por sua vez, a pesquisa a desenvolvida foi em sua maior parte bibliográfica, pois, como salienta Eduardo de Oliveira Leite¹⁶, no campo jurídico, a pesquisa bibliográfica é o método por excelência de que dispõe o pesquisador, sem com isso esgotar as outras manifestações metodológicas.

¹¹ GOLDENBERG, Mirian. **A arte de pesquisar**: como fazer pesquisa qualitativa em ciências sociais. 8. ed. Rio de Janeiro: Record, 2004. p. 106.

¹² O método hipotético-dedutivo preconiza que toda pesquisa científica origina-se de um problema, para o qual se busca uma solução através de tentativas (conjecturas, hipóteses, teorias) e da eliminação de erros através de testes. Portanto, a pesquisa científica que adota este método tem início com um problema, o qual deve ser descrito de forma precisa. A partir de então, busca-se identificar outros conhecimentos e instrumentos relevantes ao problema, que poderão contribuir para a sua resolução. Superada essa fase, o pesquisador procede à observação, testando os conhecimentos e instrumentos antes identificados. Nessa fase é observado um determinado objeto da pesquisa. Posteriormente, tem-se a formulação de hipóteses, ou “descrições-tentativa”. Esse contexto metodológico abre espaço para interpretações jurídicas inovadoras. VENTURA, Deisy. **Monografia jurídica**: uma visão prática. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 78.

¹³ O método histórico parte do princípio de que a atual estrutura da vida social, seus costumes e instituições têm origem no passado, sendo importante a realização de uma pesquisa sobre suas raízes de modo a compreender sua natureza e função. Com efeito, o método histórico consiste na investigação de acontecimentos e processos do passado para verificar sua influência no cenário social atual. LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 88-89.

¹⁴ O método dialético reconhece a dificuldade de se apreender o real, em sua determinação objetiva, por isso a realidade é construída diante do pesquisador por meio das noções de totalidade, mudança e contradição. A noção de totalidade refere-se ao entendimento de que a realidade é interdependente e relacionada aos fatos e fenômenos que a constituem, ao passo que a noção de mudança compreende que a natureza e a sociedade estão em constante reestruturação, podendo tais mudanças serem quantitativas, bem como qualitativas. Por sua vez, a contradição figura como o motor da mudança, devendo ser constante e intrínseca à realidade. Logo, as relações entre os fenômenos ocorrem em um processo de conflitos que geram novas situações na sociedade. DINIZ, Célia Regina; BARBOSA DA SILVA, Iolanda. **Metodologia científica**. 21. ed. Natal: Eduerp, 2008. p. 84-85.

¹⁵ É o método básico e indispensável na procura de regularidades ou leis. Exige a visão externa e o uso da linguagem de dados da comunidade científica, pois é inútil comparar coisas incomparáveis, exigindo a identificação de condições limites, além combinar com o método histórico. MILLER JUNIOR, Tom Oliver. **Métodos e técnicas de pesquisa nas ciências antropológicas**. Natal: Ed. UFRN, 1991. p. 16.

¹⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Monografia jurídica**. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997. p. 59.

Em se tratando de pesquisa documental, tal investigação é indispensável, pois um trabalho jurídico somente será bem fundamentado com a apresentação de leis, doutrina, jurisprudência e demais dispositivos¹⁷ que regem o tema.

Ademais, cumpre destacar o estudo da teoria do diálogo das fontes, desenvolvida por Erik Jayme e Cláudia Lima Marques¹⁸, a qual busca a complementaridade dos sistemas jurídicos, no que tange aos assuntos relacionados aos contratos.

As fontes de pesquisa serão todas aquelas possíveis na pesquisa jurídica de natureza bibliográfica e documental, quais sejam a legislação, doutrina, jurisprudência e, em se tratando de direito comparado, as doutrinas alemã, italiana, francesa, espanhola e portuguesa.¹⁹

¹⁷ Nesse sentido, cumpre trazer uma ponderação de Humberto Eco: Certo é que as fontes de um autor podem ser acontecimentos históricos (certas discussões ocorridas em sua época sobre determinados fenômenos concretos), mas tais acontecimentos são sempre acessíveis sob forma de material escrito, isto é, de outros textos. ECO, Humberto. **Como se faz uma tese**. 25. ed. São Paulo: Perspectiva, 2014. p. 45.

¹⁸ “Diálogo das fontes é a expressão visionária do mestre Erik Jayme. Diálogo entre as diferenças, como resposta pós-moderna ao desafio da aplicação das leis no complexo sistema privado atual. Em outras palavras, a solução do denominado conflito de leis no tempo emerge como resultado de um diálogo (aplicação simultânea, coerente e coordenada) das mais heterogêneas fontes legislativas, iluminadas todas pela nova força da Constituição. Fontes plurais que não mais se excluem – ao contrário, mantêm as suas diferenças e narram simultaneamente suas várias lógicas (dia-logos), cabendo ao aplicador da lei coordená-las (escutando-as), impondo soluções harmonizadas e funcionais no sistema, assegurando efeitos úteis a essas fontes, ordenadas segundo a compreensão imposta pelo valor constitucional.” MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no direito do consumidor**. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006. p. 663.

¹⁹ As fontes de pesquisa, para Eduardo Marchi, representam todo material que possibilita uma análise direta, sem intermediação do objeto do trabalho científico a ser investigado, consistindo-se primariamente em documentos originais, legislação e jurisprudência. MARCHI, Eduardo. **Guia de metodologia jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 138.

CAPÍTULO 1 PROLEGÔMENOS À FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS

Foi com a aurora do Estado Social no final do século XIX e no início do século XX que se desenvolveram mecanismos de intervenção estatal com o escopo de regular as relações privadas sem o risco de se comprometer a relação harmônica entre os indivíduos e a ordem pública social, superando assim o individualismo egoístico das concepções liberais e incorporando a visão social do estado, com a realização de uma sociedade presidida pelo bem-estar coletivo.²⁰

Por conseguinte, a ingerência estatal na economia acabou por refletir diretamente sobre a teoria contratual, uma vez que é por intermédio dos contratos que se operacionaliza a circulação de riquezas.²¹

Com a nova concepção do contrato, Humberto Theodoro Júnior²² aduz que foram introduzidos no sistema do Direito Civil instrumentos mais eficazes para a concretização da justiça comutativa, por meio dos princípios do equilíbrio, da proporcionalidade e da repulsa

²⁰ Nesse sentido: Cf. BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Direito civil constitucional**. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p. 116-119; LÔBO, Paulo Luiz Netto. Contrato e mudança social. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Doutrinas essenciais: obrigações e contratos: obrigações: função e eficácia**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. v. 2. p. 1317-1318; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Função social dos contratos: interpretação à luz do código civil**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 19. TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 22; WALD, Arnoldo. Um novo direito para a nova economia: a evolução dos contratos e o Código Civil. In: DINIZ, Maria Helena; LISBOA, Roberto Senise (Coord.). **O direito civil no século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 92; THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social: a boa-fé objetiva no ordenamento jurídico e a jurisprudência contemporânea**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 17; GOMES, Orlando. **Contratos**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 7; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A função social do contrato. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Doutrinas essenciais: obrigações e contratos: contratos: princípios e limites**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. v. 3. p. 747.

²¹ Rubén Compagnucci de Caso aponta que os fenômenos econômicos e sociais derivados da revolução industrial impuseram a necessidade de edificação moral da autonomia da vontade, visto que foram observadas inúmeras injustiças em sua aplicação extrema. A essa necessidade de transformações no século XIX dá-se o nome de tendência socializadora, que se traduz na intervenção do Estado na economia e no direito privado, defendendo uma equitativa distribuição na configuração contratual, antepondo os interesses coletivos aos individuais. COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén Hector. **Manual de obligaciones**. Buenos Aires: Astrea, 1997. p. 12. No mesmo sentido, San Tiago Dantas afirma que o direito contratual foi um dos instrumentos mais eficazes na expansão capitalista em sua primeira etapa. Contudo, reconhece que o referido instituto deixou de proteger os socialmente mais fracos, criando melhores oportunidades para os socialmente mais fortes, que emergiam de todas as camadas sociais, aceitando riscos e fundando novas riquezas. DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. Evolução contemporânea do direito contratual. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Doutrinas essenciais: obrigações e contratos: contratos: princípios e limites**. v. 3. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 407-408.

²² THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social: a boa-fé objetiva no ordenamento jurídico e a jurisprudência contemporânea**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 17.

ao abuso. Contudo, há que se considerar que a declaração de vontade não perdeu sua essência, sem a qual o contrato não poderia sequer existir.²³

Por sua vez é o que afirma Cláudia Lima Marques²⁴ ao concluir que a nova concepção de contrato traduz-se numa concepção social deste instrumento jurídico, para a qual não apenas manifestação da vontade importa, mas principalmente os efeitos do contrato na sociedade serão levados em consideração e a condição socioeconômica das pessoas nele envolvidas ganha relevo.

Esta presença do estado atribui ao direito uma nova função instrumental, na tentativa de equilibrar as relações sociais e econômicas, levando à denominada funcionalização dos institutos jurídicos.²⁵

A funcionalização do direito pode ser vista como fruto da concepção do Estado Social, no sentido de promover a reconstrução dos principais institutos do Direito Civil, tais como a propriedade, a família e o contrato. Funcionalizar, de modo geral, significa atribuir ao instituto jurídico uma utilidade ou impor-lhe um papel social.²⁶

De acordo com Norberto Bobbio²⁷, a funcionalização do direito representa a passagem do Estado protecionista ao Estado programático, no qual o direito não mais se limita a reprimir, mas estimula e promove, o que equivale dizer que o direito não é um fim em si mesmo, nem se circunscreve à sua limitada atuação por meio de sanção.

O direito, assim, nas palavras de Pietro Perlingieri²⁸, pode desempenhar a função de transformar as estruturas preestabelecidas para a realização dos valores e ideais (normas

²³ A vontade é o fundamento da obrigatoriedade do negócio jurídico, ao passo que o acordo de vontades é o fundamento da obrigatoriedade do contrato. Nesse sentido, Alfred Rieg foi enfático ao ponderar: “*La volonté est la cause première du droit: c’est ainsi que s’énonce le credo philosophique et juridique des XVIII et XIX siècles. A la base de l’édifice social se trouve l’individu, c’est-à-dire une volonté libre: l’état, la loi ne sont que les émanations des volontés individuelles conjuguées. [...] L’acte juridique est la manifestation de la puissance créatrice que appartient à la volonté privée dans le domaine juridique. C’est la volonté interne qui confère toutes ses nuances e tous ses effets à l’acte.*” RIEG, Alfred. Le rôle de la volonté dans la formation de l’acte juridique d’après les doctrines allemandes du xixe siècle. **Archives de Philosophie du Droit**, Paris, p. 125, 1957.

²⁴ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 101.

²⁵ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; ANDRIOTTI, Caroline Dias. Breves notas históricas da função social no direito civil. In: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. (Coord.). **Função social no direito civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 2.

²⁶ Para a professora Judith Martins-Costa, tem-se por funcionalização: “[...] a atribuição de um poder tendo em vista certa finalidade ou a atribuição de um poder que se desdobra como dever, posto concedido para a satisfação de interesses não meramente próprios ou individuais, podendo atingir também a esfera dos interesses alheios.” MARTINS-COSTA, Judith. **Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 148.

²⁷ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007. p. 72-73.

²⁸ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil**. 3. ed. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 2-3.

promocionais), bem como desempenhar uma função inovadora ou de transformação da sociedade.

Entretanto, a funcionalização dos institutos do direito não é um tema novo, visto que, há mais de um século, inúmeros estudiosos já se debruçaram sobre o tema, produzindo uma coletânea acadêmica quase infindável, destacando-se os trabalhos da doutrina francesa, alemã e italiana, conforme se verá no curso do presente trabalho.

Com efeito, muitas discussões acerca da funcionalização dos institutos do direito privado tiveram lugar na academia jurídica e, na seara contratual, longos são os debates acerca da função social do contrato.

Por óbvio, é possível extrair um conteúdo mínimo para a dedução do princípio da função social do contrato, em razão do contexto no qual ele está inserido, qual seja, o da renovação do Direito Civil, que se dá com a passagem do Estado liberal para o Estado social.

O contrato, ao lado da família e da propriedade, é um dos principais pilares do direito privado, que além de ser um dos institutos jurídicos mais antigos e relevantes, é estreitamente relacionado à realidade social. Diante de sua ligação com a sociedade, o contrato sofreu inúmeras transformações em sua estrutura, para se adequar aos anseios sociais ao longo da história.²⁹

Assim sendo, cabe trazer a afirmação de Paulo Nalin³⁰, no sentido de que a funcionalização do contrato aponta para o reconhecimento da influência social na aplicação da lei, assumindo proporções ideológicas e concentrando esforços para a solução de problemas.

A ciência do direito tradicionalmente se ocupava do seu estudo como uma estrutura, relegando o problema da sua finalidade a outras áreas do conhecimento, tais como a filosofia ou a sociologia.

Por sua vez, a finalidade é um elemento essencial do direito, que não pode ser compreendida somente através de sua estrutura, pois o direito não é um meio adequado para se atingir qualquer fim, mas sim para um fim próprio e específico, determinado pela sua função.

Segundo Norberto Bobbio³¹, a função tradicional do direito permaneceu limitada ao seu aspecto coativo, conceituando o direito como ordenamento coativo, o que acaba por se

²⁹ Para Inocêncio Galvão Telles, a principal lição que pode ser colhida da história dos contratos é o conhecimento das suas transformações através das vicissitudes seculares, bem como a sua permanente vitalidade, como dócil instrumento que ora se amplia ou se restringe, se enfraquece ou se revigora sempre para satisfazer as necessidades fundamentais do homem na vida em sociedade. TELLES, Inocêncio Galvão. **Manual dos contratos em geral**. 3. ed. Lisboa: Lex, 1995. p. 65.

³⁰ NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006. p. 63.

³¹ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007. p. 60.

revelar inadequado para representar a complexidade e a multiplicidade de direções nas quais o direito se desdobra na sociedade moderna.

Nesse sentido, pode-se observar que uma das características marcantes do direito civil contemporâneo é justamente a sua conexão com a realidade e com outros ramos das ciências sociais, o que Francisco Amaral³² aduz ser um processo interdisciplinar de respostas às questões que a sociedade contemporânea apresenta ao jurista.

Portanto, para ser verdadeiramente compreendido, o contrato não pode ser limitado exclusivamente à sua dimensão jurídica, conforme se abstrai das palavras de Enzo Roppo: “[...] os conceitos jurídicos - e entre estes, em primeiro lugar, o de contrato - reflectem sempre uma realidade exterior a si próprios, uma realidade de interesses, de relações, de situações econômico-sociais.”³³

Com efeito, despicienda é a afirmação de que o contrato possui forte ligação com os fenômenos sociais, visto que é possível observar que há uma verdadeira relação de dependência entre o referido instituto jurídico e as relações sociais³⁴.

O contrato, então, passou a atender duas funções fundamentais, sendo a primeira delas a econômica, relacionada com o papel que prestam os contratos no que diz respeito à circulação

³² AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 363.

³³ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 7. No mesmo sentido: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 43 (cap. Ciência do direito, negócio jurídico e ideologia). Em complemento, João Baptista Machado aponta que “[...] o contrato não encontra proeminência apenas na área da dogmática jurídica, alcançando o status de instituto jurídico, mas sim, com base nas suas origens sociológicas, o de instituição, por ser figura social e pré-jurídica que antecede o Direito positivado. Não foi o Direito que criou a instituição econômica do contrato, ter a ele conferido este nome (contrato) e suas adjacências jurídicas. Para o referido autor, o contrato é instituição jurídica: I - Na linguagem corrente - Instituição designa ao mesmo tempo a ação e o efeito de instituir, sendo que instituir significa introduzir, fundar, ordenar, construir e estabelecer qualquer coisa de estável e durável [...]. Muitas vezes, sobretudo na linguagem jurídica, utiliza-se a palavra instituição para designar complexos normativos que se reúnem à volta de princípios comuns e regulamentam um determinado tipo de relações sociais (ou um determinado fenômeno social); ou, então, para designar a realidade social que está na base de tais relações (o próprio fenômeno disciplinado pelas ditas normas) [...] A palavra instituto também serve para designar, os locais ou centros onde determinadas atividades se processam por uma forma organizada [...] ao seu turno, as instituições da esfera econômica que regulam a produção, distribuição e consumo de bens e serviços dentro da sociedade.” MACHADO, João Baptista. **Introdução ao direito e ao discurso legitimador**. Coimbra: Almedina, 1990. p. 14-19.

³⁴ Visando demonstrar a importância prática do instituto do contrato, vale trazer a lição de Fernando Noronha sobre o Direito das Obrigações, que é perfeitamente aplicável nesse contexto: “As normas do Direito das Obrigações são de longe as aquelas aplicadas com mais frequência, e em maior quantidade, tanto nas relações diárias entre homens quanto na atividade judicial. É possível conceber-se a hipótese de uma pessoa viver uma vida inteira sem necessidade de conhecer o Direito das Sucessões, ou a maior parte do Direito de Família (casamento, regimes de bem...), ou até as partes mais significativas do Direito das Coisas. Mas não é possível viver à margem daquelas atividades do dia-a-dia regidas pelo Direito das Obrigações. Com isso, o autor deixa claro que, em qualquer hipótese, é impossível viver uma vida inteira sem deixar de contratar.” NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1. p. 92.

de riquezas; e a segunda, a social, para a qual o contrato representa um importante instrumento de civilidade, isto é, de condicionamento e educação da população para a vida em sociedade.³⁵

É nessa esteira das mudanças e de renovações do Direito Civil que se introduziu no ordenamento jurídico o princípio da função social do contrato, positivado no artigo 421 do Código Civil.

Muito já foi dito sobre o art. 421, inclusive a afirmação de que o referido dispositivo é uma das principais inovações do Direito brasileiro, sendo um dos mais importantes postulados do Código Civil e, igualmente, também já se falou que é um dos mais enigmáticos.

Miguel Reale³⁶, ao tratar do projeto do Código Civil, atribuía ao “sentido social” uma das características mais marcantes do projeto, em contraste com o sentido individualista que predominava no Código Civil de 1916, ao mencionar o princípio da socialidade como informador do novo diploma.

Entretanto, desde a entrada em vigor do Código Civil de 2002, são notáveis a angústia e o esforço dos juristas e estudiosos do direito no sentido de entender e aplicar a função social do contrato no cotidiano da atividade profissional, podendo-se afirmar que a doutrina da função social, embora inovadora e sedutora, ainda não atingiu o amadurecimento necessário que possa levar a uma compreensão de seu conteúdo, bem como das suas implicações práticas.

Nesse contexto, a positivação do princípio da função social do contrato pelo Código Civil representa mais do que uma grande inovação para o direito brasileiro, mas sim um desafio para a doutrina e para os tribunais, especialmente quando se pensa nas regras de hermenêutica, as quais enunciam que a lei não contém palavras vazias ou inúteis.

Ao se admitir que a função social do contrato é um dos princípios hodiernamente mais relevantes do direito brasileiro, justamente por trazer uma das maiores mudanças introduzidas no direito civil pelo diploma vigente, importa observar, nesses quinze anos de Código Civil, o panorama da jurisprudência da função social do contrato.

A constatação de que o art. 421 ainda caminha para uma interpretação que lhe seja adequada ganha força diante do potencial que o princípio da função social do contrato tem para impactar a realidade jurídica brasileira. Isso é observado no parágrafo único do artigo 2.035, que, prevendo uma transição turbulenta do Código de 1916 para o vigente, estabeleceu que “[...]”

³⁵ Rosalice Fidalgo Pinheiro aduz que no âmbito das relações sociais, o contrato se constitui como emanção da personalidade de seu autor, ao passo que, no aspecto econômico, reflete as mudanças do modo de produção vigente, remetendo-se à ideia de operação econômica. PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **O abuso de direito e as relações contratuais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 136.

³⁶ REALE, Miguel. **O projeto do novo código civil**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 7.

nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.”³⁷

Muito embora tenham se passado quinze anos do início da vigência do Código Civil, a doutrina não descansa. O volume de artigos e obras de maior porte sobre o princípio da função social do contrato, produzidos pelos mais significativos nomes da cultura jurídica brasileira, não deixa dúvidas que a doutrina aceitou o desafio proposto pelo legislador, e está comprometida com a tarefa de renovar o direito contratual, superando as mazelas da vetusta tradição oitocentista.

1.1 Noção de função social do contrato

Uma das características marcantes do direito contratual é a sua estabilidade milenar, visto que, ao contrário dos demais ramos do direito civil, perpetuam os princípios arraigados no sistema jurídico romano-germânico.³⁸

Conforme aduz Fernando Noronha³⁹, existe uma relação de interdependência entre o direito e a sociedade, pois os acontecimentos que ocorrem em uma esfera certamente produzirão efeitos na outra, além do fato de a dependência entre o direito e a sociedade ser bem maior do que da sociedade em relação ao direito.

O direito, por sua vez, deve acompanhar as mudanças sociais, criando normas que se insiram na nova realidade da sociedade moderna. Nesse contexto, é oportuno destacar a lição da professora Giselda Hironaka:

Notamos, via de regra pasmos, a realidade fática absolutamente desligada de antigas formulações legislativas, num franco descompasso entre os direitos e os fenômenos sociais. Não é possível negar a urgência que aflui, no sentido de se recuperar o equilíbrio social, refazendo-se, de alguma forma, as matrizes filosóficas do Direito.⁴⁰

³⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze. Arts. 2.028 a 2.046. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza. (Coord.). **Comentários ao código civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 17. p. 608; DINIZ, Maria Helena. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Comentários ao código civil: parte especial: disposições finais e transitórias**. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 22. p. 181-183.

³⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios contratuais. In: _____.; LYRA JUNIOR, Eduardo Messias Gonçalves de. (Coord.). **A teoria do contrato e o novo código civil**. Recife: Nossa Livraria, 2003. p. 9.

³⁹ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais (autonomia privada, boa-fé objetiva, justiça contratual)**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 26.

⁴⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Função social do contrato. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Doutrinas essenciais: obrigações e contratos: contratos: princípios e limites**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. v. 3. p. 739.

No compasso dessa nova realidade social, o legislador procurou introduzir no Código Civil dispositivos que regulam a vida em sociedade, tendo como fim último a tutela dos interesses da coletividade.

Assim sendo, é dentro dessa realidade social que se dá a gênese do princípio da função social, que tem como essência a prevalência dos direitos coletivos sobre os individuais, sem comprometer o valor fundante da pessoa humana.

O princípio da função social dos contratos está previsto no art. 421 do Código Civil: “Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social dos contratos.” e no parágrafo único, do art. 2.035, da mesma lei: “Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”.

Função significa papel, desempenho, atuação, representando a determinação que deve ser cumprida por alguém ou alguma coisa. Em se tratando de função de algum direito, esta se refere à finalidade de que determinado direito deve ter e quais os objetivos que deve buscar.⁴¹

É o que afirma Luis Renato Ferreira da Silva⁴², ao aduzir que, quando determinado instituto jurídico é funcionalizado, a ele é atribuído um determinado fim a ser cumprido que é estabelecido pela ordem jurídica, reconhecendo a relação de dependência entre o instituto jurídico e o cumprimento da função.

No mesmo sentido, cumpre destacar a lição de Calixto Salomão Filho:

Em primeiro lugar, é bastante evidente que a estrutura de direito função imprime caráter bastante peculiar ao instituto. Introduce a obrigação no direito subjetivo. Essa característica essencial é demonstrada pelo fato de que sua primeira, mais célebre e talvez mais fiel tradução jurídica tenha se dado em termos de obrigação pura e simples (o famoso “a propriedade obriga” da constituição de Weimar). É óbvio que esta obrigação varia ao longo do tempo, e não poderia ser de outra forma. À crescente complexidade das relações jurídicas corresponde também uma montante necessidade de distinguir e destacar as obrigações que geram essas relações.⁴³

Por sua vez, cabe salientar que a função social não é exclusiva dos contratos, sendo consagrada primeiramente na Constituição Federal como meio de proteção da propriedade,

⁴¹ De Plácido e Silva define a palavra função (do latim *funcione*), como o direito ou dever de agir, atribuído por lei a uma pessoa, para assegurar o preenchimento de uma missão. SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989. v. 1. p. 722-723.

⁴² 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**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 154.

⁴³ SALOMÃO FILHO, Calixto. Função social do contrato: primeiras anotações. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Doutrinas essenciais: obrigações e contratos: contratos: princípios e limites**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. v. 3. p. 659.

adaptando-a aos interesses da coletividade. Entretanto, o referido instituto projeta-se sobre os demais ramos do Direito Privado, incidindo também no direito contratual.⁴⁴

Segundo César Fiuza⁴⁵, os contratos possuem três funções fundamentais, quais sejam a econômica, a pedagógica e a social. A função econômica se traduz pela atividade de circulação de riquezas, distribuição de renda e geração de empregos; a função pedagógica do contrato o transforma em instrumento de educação do indivíduo para a vida em sociedade; e a função social representa a síntese das anteriores, de maneira a promover a dignidade da pessoa humana.

Assim sendo, não se pode falar em função social que descarta a função econômica ou pedagógica do contrato, dada a influência externa por ele provocada, atingindo o meio social e consistindo em um dos seus mais importantes instrumentos de modificação.

Por meio dos contratos, as pessoas abstraem a noção do direito como um todo, pois fazendo uma pequena analogia é possível vislumbrar o contrato como uma miniatura do ordenamento jurídico, pelo qual as partes convencionam direitos e obrigações que passam a vigorar entre elas.⁴⁶

Dessa forma, cabe trazer o pensamento de Jhering⁴⁷ ao aduzir que através dos contratos, as pessoas aprendem a lutar pelo direito como um todo, visto que, ao lutar por seus direitos individuais, adquirem a visão necessária da lógica do ordenamento jurídico.

A palavra social, por sua vez, está relacionada com a comunidade, ao conjunto de cidadãos de um país⁴⁸, e tem por objetivo harmonizar o comportamento das relações interpessoais⁴⁹. Portanto, em uma análise superficial, é possível definir função social do contrato como o papel que o contrato deve desempenhar na sociedade.⁵⁰

⁴⁴ FERREIRA, Roberto. Arts. 170 a 181. In: COSTA MACHADO, Antônio Claudio da; FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Constituição federal interpretada**: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 3. ed. Barueri: Manole, 2012. p. 903.

⁴⁵ FIUZA, César. **Direito civil**: curso completo. 18. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 546-547.

⁴⁶ Ibid., p. 546.

⁴⁷ JHERING, Rudolf von. **A luta pelo direito**. Trad. Dominique Makins. 2. ed. São Paulo: Hunter Books, 2012. p. 118-120.

⁴⁸ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. A função social do contrato e o direito do trabalho. **Revista LTr**: Legislação do Trabalho, São Paulo, v. 67, n. 11, p. 1462, dez. 2003.

⁴⁹ O significado de “social” para Justus Wilhelm Hedemann traduz-se “[...] *en el punto de partida ideológico de la contraposición entre pobres y ricos o, como frecuentemente se disse en la literatura científica, entre los que tienen bienes y los desheredados.*” HEDEMANN, Justus Wilhelm. **Tratado de derecho civil**: derecho de obligaciones. Trad. José Luiz Diez Pastor e Manuel Gonzalez Enriquez. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958. v. 3. p. 26.

⁵⁰ Nesse sentido, Jefferson Carús Guedes afirma resumidamente que a expressão “função social” significa utilidade à sociedade, atendimento ao interesse coletivo. GUEDES, Jefferson Carús. Função social das “propriedades”: da funcionalidade primitiva ao conceito atual de função social. In: ALVIM, Arruda; CÉSAR, Joaquim Pontes de Cerqueira; ROSAS, Roberto. (Coord.). **Aspectos controvertidos do novo código civil**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p. 351.

Em uma perspectiva ampla, reconhecendo a importância dos contratos para o desenvolvimento da sociedade, poder-se-ia afirmar que a função social contém todas as funções do contrato. Porém, em uma sociedade complexa e dinâmica, na qual o planejamento econômico do Estado não é suficiente para criar obrigações para todos os agentes do setor privado, é ilógico supor que a Constituição Federal preveja que todos os contratos devam desempenhar uma única função social.⁵¹

Por conseguinte, a função que sempre teve maior destaque no contrato é a econômica, com o escopo de promover a circulação de riquezas e a transferência de patrimônio.⁵²

Contudo, o contrato não deixou de exercer sua função econômica com o acréscimo da cláusula geral da função social⁵³. Justamente a fim de evitar a proliferação de atividades contrárias aos interesses da sociedade, a referida cláusula geral ganha a mesma importância que o aspecto econômico, visto que a sociedade necessita do bom funcionamento da circulação das riquezas e da segurança jurídica para a sobrevivência das relações contratuais eficientes e equilibradas.⁵⁴

Por sua vez, cabe esclarecer que embora o art. 421 faça menção à liberdade de contratar, os limites nele impostos dizem respeito apenas à liberdade contratual, visando proteger a manifestação entabulada no conteúdo do contrato⁵⁵, pois a liberdade de contratar diz respeito à liberdade que as partes têm para realizar um contrato, ao passo que a liberdade contratual está relacionada ao seu conteúdo, que, mesmo estando em conformidade com as partes envolvidas, deve estar em consonância com os interesses sociais.

Conforme assevera João José Sady⁵⁶, em cada ponta do contrato existe um ser humano, mesmo que escondido em uma pessoa jurídica, sendo que a limitação do ordenamento jurídico à liberdade contratual é colocada como garantia para que as pessoas não

⁵¹ HADDAD, Luís Fernando. **Função social do contrato**: um ensaio sobre seus usos e sentidos. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 18-19.

⁵² “As situações, as relações, os interesses que constituem a substância real de qualquer contrato podem ser resumidos na ideia de *operação econômica*. De facto, falar em contrato significa sempre remeter – explícita ou implicitamente, directa ou mediatamente – para a ideia de operação econômica.” ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 8. (grifo do autor).

⁵³ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 143.

⁵⁴ WALD, Arnoldo. A dupla função econômica e social do contrato. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 5, p. 5, jan./mar. 2004.

⁵⁵ AZEVEDO, Álvaro Villaça. O novo código civil brasileiro: tramitação; função social do contrato; boa-fé objetiva; teoria da imprevisão e, em especial, onerosidade excessiva. **Revista LTr: Legislação do Trabalho**, São Paulo, v. 67, n. 4, p. 393, maio 2003.

⁵⁶ SADY, João José. O novo código civil e o direito do trabalho: a função social do contrato. **Revista LTr: Legislação do Trabalho**, São Paulo, v. 67, n. 7, p. 820, jul. 2003.

possam oprimir umas as outras, utilizando como instrumento o poder econômico, já que a liberdade entre os desiguais é extremamente opressora.

Como se nota, através da incidência do princípio da função social do contrato, os contratos passam a desempenhar um novo papel na sociedade, através da imposição aos contratantes dos deveres de cooperação e respeito, tendo como substrato os princípios da solidariedade e da dignidade da pessoa humana, conforme ensina Teresa Arruda Alvim Wambier, que “A função social dos contratos significa que estes devem desempenhar *papel na sociedade*, representando um meio de negociação sadia de seus interesses e não uma forma de opressão.”⁵⁷

Com efeito, a relevância da função social do contrato está, de acordo com Claudio Luiz Bueno de Godoy⁵⁸, na promoção dos objetivos do Estado Social, bem como na eficácia dos valores básicos do ordenamento.

Nesse sentido, cabe trazer a lição de Giselda Hironaka:

A função social do contrato emerge, assim, como uma dessas matrizes, importando em limitar institutos de conformação nitidamente individualista, de modo a atender os ditames do interesse coletivo, acima daqueles do interesse particular, e, importando ainda, em igualar os sujeitos de direito, de modo que a liberdade que a cada um deles cabe, seja igual para todos.⁵⁹

Nesse sentido, é possível observar que a função social do contrato impõe que a força normativa das cláusulas e estipulações seja submetida a imperativos éticos e não podendo se prestar a abusos, ou mesmo servir de instrumento de exploração dos ricos e poderosos em relação aos menos favorecidos, a serviço de ambições desmedidas do capitalismo selvagem⁶⁰.

O equilíbrio contratual deve estar presente em qualquer avença, pois é nele que se encontra a justiça contratual. Por essa razão, para que este equilíbrio exista, é necessário que haja igualdade entre as partes, no sentido de que não haja a exploração do mais fraco pelo mais forte.

⁵⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Uma reflexão sobre as cláusulas gerais do código civil de 2002 – a função social do contrato. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 94, v. 831, p. 64, jan. 2005.

⁵⁸ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 145-146.

⁵⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Função social do contrato. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Doutrinas essenciais: obrigações e contratos: contratos: princípios e limites**. v. 3. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 739.

⁶⁰ VELOSO, Zeno. **Invalidez do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 14.

Por seu turno, Daisy Gogliano⁶¹ adverte que o objetivo da função social do contrato é proteger o mais fraco na relação jurídica e garantir o equilíbrio contratual, não importando para tanto a licitude do ato ou negócio jurídico, sendo necessário apenas que cumpra sua função social, cuja inobservância pode justificar uma sanção jurídica e a intervenção do Estado, para restabelecer o equilíbrio contratual e garantir a preservação do interesse da sociedade.

Embora a maior parte da doutrina se posicione no sentido de que a função social do contrato tem o objetivo de proteger o contratante mais fraco na relação contratual, Arnoldo Wald entende de forma diversa, como se observa na seguinte afirmação:

O atendimento da função social na área do Direito Civil não constitui uma espécie de ação afirmativa em virtude da qual os interesses do contratante mais fraco devam merecer sempre maior proteção. Significa tão somente que a finalidade do contrato não deve ser distorcida do interesse de uma das partes e em detrimento da outra.⁶²

Com base nas informações coletadas ao longo deste estudo, é possível formular um conceito do que vem a ser a função social do contrato.

A função social do contrato, nas palavras de Giovanni Ettore Nanni⁶³, não apenas reduz a força obrigatória dos contratos, mas também impõe um “[...] padrão de comportamento com o intuito de evitarem-se relações obrigacionais espoliativas e injustas.”

Carlos Alberto Goulart Ferreira⁶⁴ propõe um conceito de função social do contrato, o qual consiste na finalidade pela qual visa o ordenamento jurídico a conferir aos contratantes medidas ou mecanismos jurídicos capazes de afastar qualquer desigualdade dentro da relação contratual. O referido autor afirma ainda que a função social do contrato repousa na “[...] harmonia entre a autonomia privada e a solidariedade social.”

Para o encerramento deste tópico, cabe trazer algumas considerações sobre a eficácia da função social do contrato.

⁶¹ GOGLIANO, Daisy. A função social do contrato: causa ou motivo. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 99, p. 155, 2004.

⁶² WALD, Arnoldo. O interesse social no direito privado. **Revista da Ajuris: Doutrina e Jurisprudência**, Porto Alegre, n. 101, p. 15, mar. 2006.

⁶³ NANNI, Giovanni Ettore. A evolução do direito civil obrigacional: a concepção do direito civil constitucional e a transição da autonomia da vontade para a autonomia privada. In: LOTUFO, Renan (Coord.). **Cadernos de autonomia privada**. Curitiba: Juruá, 2001. p. 185.

⁶⁴ FERREIRA, Carlos Alberto Goulart. Equilíbrio contratual. In: LOTUFO, Renan (Coord.). **Direito civil constitucional**. São Paulo: Max Lemonad, 1999. p. 112-113.

A doutrina trata da eficácia da função social do contrato de duas formas, quais sejam a eficácia interna e externa.⁶⁵

De acordo com Humberto Theodoro Júnior⁶⁶, o princípio da função social não se volta apenas para o relacionamento entre as partes contratantes, mas também para os reflexos do negócio jurídico perante terceiros, isto é, no meio social.

A necessidade de observância das limitações à liberdade contratual, além de acarretar uma relativização do *pacta sunt servanda*⁶⁷, implica modificações também no âmbito da relatividade dos contratos, visto que o contrato não mais está restrito às partes, “[...] transcendendo e outorgando uma função social frente a toda a sociedade.”⁶⁸

No mesmo sentido é o posicionamento de Teresa Negreiros⁶⁹, ao sustentar que a função social do contrato constitui fundamento para a responsabilidade do terceiro que contribui para o descumprimento de uma obrigação originária de um contrato do qual não seja parte, configurando-se assim a chamada “tutela externa do crédito”⁷⁰. A autora ainda afirma que o princípio da função social do contrato condiciona o exercício da liberdade contratual e atribui ao contrato situação jurídica merecedora de tutela, oponível *erga omnes*.

⁶⁵ A eficácia da função social do contrato se divide em interna e externa. Sobre tal assunto, cumpre trazer a lição de Thaissa Garcia Gomes: “A função social do contrato apresenta-se de duas formas: inter e ultra partes. Na primeira, observa-se a relação entre as partes, analisando se há equilíbrio contratual e se as intenções das partes são livres de vício e na outra, existe a preocupação quanto aos efeitos gerados perante terceiros, visa proteger o bem estar social.” GOMES, Thaissa Garcia. Princípios constitucionais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 94, n. 838, p. 740, 2005. No mesmo sentido: 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 inadimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 87, v. 750, p. 116, abr. 1998; GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 126; SANTIAGO, Mariana Ribeiro. **Princípio da função social do contrato**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 40-42; BERALDO, Leonardo de Faria. **Função social do contrato**: contributo para a construção de uma nova teoria. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 66-69; RULLI NETO, Antonio. **Função social do contrato**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 202-203; FONSECA, Rodrigo Garcia da. **A função social do contrato e o alcance do art. 421 do código civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 39; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Função social dos contratos**: interpretação à luz do código civil. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 253-258; TARTUCE, Flávio. **Função social dos contratos**: do código de defesa do consumidor ao código civil de 2002. São Paulo: Método, 2007. p. 239.

⁶⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**: a boa-fé objetiva no ordenamento jurídico e a jurisprudência contemporânea. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 13.

⁶⁷ Para Paulo Carneiro Maia, “O apótema *pacta sunt servanda* tornou-se flexível, perdeu seu absolutismo, débil à penetração das idéias (sic) de sentido solidarista e ao intervencionismo estatal nas relações econômicas.” MAIA, Paulo Carneiro. **Da cláusula rebus sic stantibus**. São Paulo: Saraiva, 1959. p. 15-16.

⁶⁸ NANNI, Giovanni Ettore. A evolução do direito civil obrigacional: a concepção do direito civil constitucional e a transição da autonomia da vontade para a autonomia privada. In: LOTUFO, Renan (Coord.). **Cadernos de autonomia privada**. Curitiba: Juruá, 2001. p. 187.

⁶⁹ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 264.

⁷⁰ O referido instituto jurídico também é chamado de “A doutrina do terceiro cúmplice”. O tema será desenvolvido com mais profundidade na seção 3.5 do capítulo 3 desta pesquisa.

Com efeito, a função social do contrato foi um dos institutos jurídicos que contribuiu com a queda do dogma da vontade, promovendo a transição da autonomia da vontade para a autonomia privada.⁷¹

Não obstante as mudanças ocorridas na seara contratual, ainda restam intactos os princípios informadores do direito contratual, quais sejam o *pacta sunt servanda*, a autonomia da vontade, o consensualismo e a relatividade dos contratos.

Entretanto, em decorrência dos novos contratos de massa, Marco Antonio Silveira⁷² aduz que tais princípios devem ser complementados com os princípios modernos norteadores das relações interpessoais, entre os quais estão o princípio da boa fé objetiva e o da função social do contrato.

Hodiernamente, o contrato não pode ser vislumbrado apenas do ponto de vista econômico em razão de que a vontade das partes deve estar em consonância com os interesses da sociedade, em respeito aos direitos fundamentais que trata a Constituição Federal no Título I, ao elencar os Princípios Fundamentais da República Federativa do Brasil, sendo mais relevantes para o presente trabalho os princípios da solidariedade e o da dignidade da pessoa humana, com o objetivo de criar uma sociedade justa, livre e solidária.

Certamente, deve ficar claro que a função social do contrato não está relacionada à concepção do contrato como instrumento de assistência social à custa do patrimônio alheio, haja vista que o contrato é um instituto que tem sua existência vinculada a fins econômicos. Dessa forma, uma vez estipulado o contrato de maneira clara, isento de dúvidas, afastados os vícios de consentimento e estipuladas as prestações a serem cumpridas pelas partes, não poderá o magistrado, a pretexto de fazer com que o contrato atinja a sua função social, modificá-lo de forma a comprometer o equilíbrio e a justiça contratual.

Não se trata, como mencionado por Miguel Reale⁷³, da vitória do socialismo, mas sim do triunfo da socialidade.

⁷¹ NANNI, Giovanni Ettore. A evolução do direito civil obrigacional: a concepção do direito civil constitucional e a transição da autonomia da vontade para a autonomia privada. In: LOTUFO, Renan (Coord.). **Cadernos de autonomia privada**. Curitiba: Juruá, 2001. p. 185.

⁷² SILVEIRA, Marco Antonio Karam. Contratos cativos de longa duração: tempo e equilíbrio nas relações contratuais. **IOB-Repertório de Jurisprudência**, São Paulo, n. 10, p. 319, 2006.

⁷³ REALE, Miguel. **O projeto do novo código civil**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 7. No mesmo sentido, Cf: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Função social do contrato. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Doutrinas essenciais: obrigações e contratos: contratos: princípios e limites**. v. 3. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 743.

1.2 Breve contextualização histórica sobre a função social do contrato.

A ideia de função social do direito não é nova⁷⁴. Em 1917, a Constituição dos Estados Unidos do México trazia em seu corpo dispositivos que revelavam a preocupação com os direitos sociais, sendo a primeira carta constitucional a atribuir aos direitos trabalhistas a qualidade de direitos fundamentais.⁷⁵

Porém, mais abrangente foi a Constituição de Weimar, aprovada em 1919, instituindo a primeira República da Alemanha⁷⁶. O contexto histórico à época, segundo Denise Auad,⁷⁷ se traduz em uma Alemanha que buscava se reconstruir após a derrota sofrida na primeira guerra mundial e que ainda precisava arcar com o ônus do Tratado de Versalhes, que fora imposto pelos países vitoriosos, constituindo fonte de inúmeras obrigações à Alemanha.

A Constituição alemã de 1919 foi promulgada em uma Alemanha dilacerada pela guerra e com uma sociedade marcada pelos grupos de interesses conflitantes, o que gerou um enfraquecimento do Estado, refletido na ordem constitucional. Posteriormente, essa fragmentação social foi a principal responsável pelo colapso da República de Weimar⁷⁸.

No entanto, os dispositivos da Constituição de Weimar eram inovadores e propunham uma forma coerente para se atingir a unidade democrática por meio da implementação de direitos de ordem social.⁷⁹

O texto constitucional está dividido em duas partes. A primeira parte versa sobre a estrutura administrativa do “Reich”, bem como os poderes estatais, e na segunda estão previstos os direitos e obrigações do povo alemão, dentre as quais, as de ordem social, como educação, saúde, a proteção à infância e à maternidade e dignidade trabalhista.⁸⁰

Foi na segunda parte que a Magna Carta alemã possibilitou a construção do Estado Social, ao consagrar os direitos econômicos e sociais de segunda geração.

⁷⁴ Para Gerson Branco, a incorporação da função social do contrato no Código Civil foi uma novidade somente do ponto de vista da técnica legislativa, visto que as ideias que geraram a expressão “função social do contrato” já existiam há mais de um século. BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Função social dos contratos: interpretação à luz do código civil**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 40.

⁷⁵ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 189.

⁷⁶ Ibid., p. 201.

⁷⁷ AUAD, Denise. Os direitos sociais na constituição de Weimar como paradigma do modelo de proteção social da atual constituição federal brasileira. **Revista da Faculdade de Direito**, São Paulo, v. 103, p. 337, 2008.

⁷⁸ COMPARATO, 2015, op. cit., p. 204.

⁷⁹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; ANDRIOTTI, Caroline Dias. Breves notas históricas da função social no direito civil. In: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. (Coord.) **Função social no direito civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 5.

⁸⁰ COMPARATO, 2015, op. cit., p. 207-208.

Por sua vez, cumpre destacar a mais influente expressão à função social no que diz respeito à propriedade, insculpida no artigo 153 pela seguinte fórmula: “*Eigentum verpflichtet*”, que significa: a propriedade obriga, sendo precursora ao conjugar uma obrigação a um direito.⁸¹

Nesse sentido, cabe trazer as considerações do professor Fabio Konder Comparato sobre a importância das constituições mexicana e alemã para a consolidação do Estado Social:

Apesar das fraquezas e ambiguidades assinaladas, e malgrado a sua breve vigência, a Constituição de Weimar exerceu decisiva influência sobre a evolução das instituições políticas em todo o Ocidente. O Estado da democracia social, cujas linhas-mestras já haviam sido traçadas pela Constituição mexicana, de 1917, adquiriu na Alemanha, de 1919, uma estrutura mais elaborada, que veio a ser retomada em vários países após o trágico interregno nazifacista e a 2ª Guerra Mundial. A democracia social representou efetivamente, até o final do século XX, a melhor defesa da dignidade humana, ao complementar os direitos civis e políticos – que o sistema comunista negava – com os direitos econômicos e sociais, ignorados pelo liberal-capitalismo. De certa forma, os dois grandes Pactos internacionais de direitos humanos, votados pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1966, foram o desfecho do processo de institucionalização da democracia social, iniciado por aquelas duas Constituições no início do século.⁸²

No Brasil, de acordo com Augusto Geraldo Teizen Júnior⁸³, a intervenção do Estado na economia para a redução das desigualdades sociais e econômicas, bem como para o atendimento das necessidades básicas da população e as restrições à liberdade contratual ocorreram de forma episódica e posteriormente sistemática.

Assim sendo, desde a Constituição da República de 1946, a função social se fez presente em todas as cartas brasileiras, notadamente por meio da função social da propriedade.⁸⁴

Entretanto, o contrato, por ser considerado um fenômeno elementar da sociedade, bem como a utilidade social do princípio da autonomia da vontade em razão da necessidade de servir à lei da oferta e da procura, respondia ao interesse geral predominante no século XIX.⁸⁵

⁸¹ SALOMÃO FILHO, Calixto. Função social do contrato: primeiras anotações. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Doutrinas essenciais: obrigações e contratos: contratos: princípios e limites**. v. 3. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 656.

⁸² COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 204-205.

⁸³ TEIZEN JÚNIOR, Augusto Geraldo. **A função social no código civil**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004. p. 119.

⁸⁴ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Função social do contrato. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Doutrinas essenciais: obrigações e contratos: contratos: princípios e limites**. v. 3. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 745.

⁸⁵ GHESTIN, Jacques. **L'utile et le juste dans les contrats**. Paris: Sirey, 1981. p. 35-37.

As codificações oitocentistas, profundamente marcadas pelo caráter individualista, Gustavo Tepedino⁸⁶ aponta que a função social não figurou propriamente como princípio, mas significava, em matéria contratual: “[...] o papel que o contrato deveria desempenhar no fomento às trocas e à prática comercial como um todo.”

Nesse sentido, cabe trazer uma sugestiva passagem de uma das preleções de Manoel Netto Campello: “Meus senhores. Não venho discorrer sobre a função social do contrato nem mesmo seduzido pelos ensinamentos de mestres que se medem pela craveira de Sumner Maine.”⁸⁷

Assim, foi a partir da Constituição Federal de 1988 que as causas sociais foram tidas como premissas para a promoção de novos valores, bens e direitos, que o princípio da função social, lastreado na densidade axiológica da carta constitucional, ganhou outros contornos, esculpidos pela dignidade da pessoa humana, solidariedade e justiça social.

Em relação ao contrato, a questão da função social tem sido objeto do pensamento jurídico desde o final do século XIX, ainda sem um consenso por parte da doutrina quanto ao seu significado.⁸⁸

Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, o princípio da função social do contrato tomou corpo como expressão de “diretriz da socialidade”⁸⁹. A esse respeito são os ensinamentos de Calixto Salomão Filho:

A função social, presente como princípio jurídico em muitas constituições ocidentais desde a célebre previsão da Constituição de Weimar, sofre uma notável evolução no século XX que influencia profundamente sua aplicação atual. Deve necessariamente

⁸⁶ TEPEDINO, Gustavo. **Notas sobre a função social dos contratos**. São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://www.tepedino.adv.br/wp/wp-content/uploads/2012/09/biblioteca12.pdf>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

⁸⁷ CAMPELLO, Manoel Netto Carneiro. **Direito romano**: preleções expendidas em sala de aula. Tachygraphadas pelo estudante do 1º ano Theodoro Tavares Cordeiro Campos. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves & Cia, 1914. v. 2. p. 248. O pensamento sobre função social do contrato que existia à época do professor Campello e de Sumner Maine parte do raciocínio de que a função social do contrato corresponde ao progresso que o contrato era capaz de trazer à sociedade. Na obra *Ancient Law*, Maine contrastou as primeiras sociedades, nas quais as relações sociais eram dominadas pelo “*status*”, que significava a condição da sociedade na qual todas as relações entre as pessoas são resumidas em meio familiar, sendo essas relações atribuídas ao indivíduo pelo parentesco e as sociedades avançadas, nas quais as relações sociais predominantemente são determinadas por contratos. Pelo contrato, as obrigações individuais surgem pela livre concordância dos indivíduos, o que para o referido professor, corresponde à superação das sociedades trogloditas e na criação de Estados poderosos. MAINE, Henry Sumner. **Ancient law**: its connection with the early history of society and its relation to modern ideas. London: Oxford University Press, 1954. p. 98-116.

⁸⁸ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Função social dos contratos**: interpretação à luz do código civil. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 41.

⁸⁹ MARTINS-COSTA, Judith, Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. **Revista Direito GV**, São Paulo, n. 1, v. 1, p. 41, maio 2005.

ser lembrada no momento em que o novo Código Civil propõe uma nova e interessante extensão do conceito.⁹⁰

O art. 421 estende de forma expressa o princípio da função social aos contratos, submetendo a liberdade de contratar à razão e aos limites da função social do contrato, consolidando assim a transição entre a liberdade formal para a liberdade substancial.

Embora não seja possível afirmar que a redação do art. 421 é diretamente relacionada com o conteúdo da Constituição de Weimar ou mesmo com a Constituição Mexicana, é válida a análise da preocupação com os valores sociais ao longo da história, no sentido de demonstrar que a construção da função social do contrato não foi mero acaso, mas sim fruto da evolução da lógica jurídica.

Com efeito, é possível vislumbrar que os aspectos históricos e sociais são responsáveis pela construção dos significados valorativos dos termos e princípios jurídicos, ou seja, se moldam de acordo com as necessidades da sociedade de sua época, não sendo diferente com a função social, que se atualizou e se incorporou ao ordenamento jurídico com o escopo de responder às necessidades da sociedade contemporânea.

Nesse sentido, cumpre citar as palavras do professor Luis Edson Fachin:

Os valores estão diretamente vinculados a um dado momento histórico. Basta conferir que os valores éticos previstos no Código Civil de 2002 intentam dizer respeito ao momento histórico atual, visto que, no Código Civil de 1916, a preocupação do legislador estava atrelada à circulação de riqueza e à segurança dos negócios jurídicos de outra configuração do Estado e da sociedade, e não ao comprometimento e à busca da concretude material das relações jurídicas.⁹¹

Dada a amplitude da preocupação com a “função social” e os objetivos desta pesquisa, o presente estudo considerará o princípio da função social do contrato a partir da vigência do Código Civil de 2002, a fim de analisar as necessárias releituras dos princípios da autonomia privada, da força obrigatória dos contratos, da relatividade dos efeitos contratuais e do consensualismo, revisitados pelo princípio da função social do contrato.

⁹⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. Função social do contrato: primeiras anotações. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Doutrinas essenciais: obrigações e contratos: contratos: princípios e limites**. v. 3. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 655.

⁹¹ FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 58.

1.3 Algumas considerações sobre a análise econômica da função social do contrato.

Muito se tem difundido sobre a doutrina da Análise Econômica do Direito em todas as searas jurídicas do Direito.

A Análise Econômica do Direito ou “Law and Economics” inicialmente surgiu como um movimento no cenário jurídico a partir das décadas de 1960 e 1970, período no qual os juristas e economistas procuravam analisar os fenômenos jurídicos com respaldo nos princípios econômicos. A origem da Análise Econômica do Direito é norte-americana e sustenta a utilização de princípios econômicos para a solução dos problemas inerentes ao Direito⁹².

Embora se encontrem minoritárias divergências acerca da possibilidade de interação entre o Direito e a Economia, é inegável que a doutrina do *Law & Economics* se relaciona diretamente com o Direito Civil.

A esse respeito, cumpre trazer as considerações de Richard Posner, um dos professores que preconizou a corrente do *Law & Economics*:

*There is a relation between economics and law has been known for an awfully long time, at least since Hobbes's discussion of property in the seventeenth century. But until very recently, the relation received focused attention only in relation to a handful of legal fields, mainly antitrust and public utility regulation, that dealt explicitly with competition and monopoly, which as early as the 1930s were receiving the sustained and sophisticated attention of leading English and American economists. (Competition and monopoly had received the attention of economists since Adam Smith; hence the qualification “sustained and sophisticated.”).*⁹³

Inicialmente é possível compreender a Análise Econômica do Direito (AED) ou “*Law and Economics*” como método de se estudar a teoria econômica relativamente à

⁹² PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006. p. 112.

⁹³ POSNER, Richard A. Values and consequences: an introduction to economic analysis of law. **Coase-Sandor Working Paper Series in Law and Economics**, Chicago, n. 53, 2nd series, p. 1-13, 1998. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/law_and_economics/608/>. Acesso em: 7 ago. 2017. No mesmo sentido, é oportuno trazer a lição de Rachel Sztajn: “A relação entre Direito e Economia é tão antiga quanto a última, embora seja vista como alguma coisa marginal, de pouca importância, e é imensa a contribuição que o diálogo entre Direito e Economia (Ciências Sociais aplicadas) pode oferecer ao propor soluções para questões atuais, ao contrário do que afirmam os detratores dessa corrente de estudos.” SZTAJN, Rachel. Law and economics. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (Org.). **Direito e economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 74.

estruturação, formação e consequências comportamentais de eventual aplicação de institutos jurídicos ou textos normativos.⁹⁴

O que se busca por meio da Análise Econômica do Direito é a compreensão e a explicação dos efeitos das normas jurídicas, pautadas nos modelos e premissas desenvolvidas por economistas, constituindo uma técnica inovadora de avaliação da eficácia das normas, ou seja, a AED se aplica aos métodos de análise da economia, especialmente às questões legais, possibilitando interpretar o direito a partir de uma análise econômica.⁹⁵

Assim sendo, a Análise Econômica do Direito (AED) se propõe a analisar o direito sob a perspectiva econômica, política, bem como as teorias denominadas “*rights-based*” que englobam as contribuições que derivam das teorias desenvolvidas no campo da filosofia moral e política, difundida por autores como John Rawls, Robert Nozick e Ronald Dworkin, cujo objetivo é desenhar os referenciais constitutivos de uma sociedade justa.⁹⁶

A doutrina da Análise Econômica do Direito reflete e compreende os institutos jurídicos e suas consequências, podendo ser utilizada em praticamente todos os ramos do Direito, especialmente no direito contratual.⁹⁷

Entretanto, considerando os objetivos propostos nesta pesquisa, não se pretende aprofundar sobre o tema da análise econômica do direito, sendo necessário apenas apresentar alguns preceitos relacionados à função social dos contratos sob o enfoque dessa linha de pensamento.⁹⁸

Segundo Luciano Benetti Timm⁹⁹, em uma perspectiva de direito e economia, o contrato não é apenas um elo solidário entre pessoas vivendo em sociedade, mas sim uma transação de mercado, na qual cada parte se comporta de acordo com os seus interesses, como se estivessem em um jogo, armando as suas estratégias. Dessa forma, uma parte somente irá cooperar com a outra na medida em que puder desfrutar de algum benefício, salvo se o direito contratual ou a moral ditarem as regras e estabelecerem o contrário.

⁹⁴ COSSÍO DÍAZ, José Ramón. **Derecho y análisis económico**. México (Ciudad): Fondo de Cultura Económica, 1997. p. 228.

⁹⁵ SZTAJN, Rachel. Direito e economia. **Revista de Direito Mercantil: Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n. 144, p. 232-233, out./dez. 2006. No mesmo sentido: GICO JÚNIOR, Ivo. Introdução ao direito e economia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 11.

⁹⁶ ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Análise econômica do direito: contribuições e desmitificações. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 29, p. 49-68, jul./dez. 2006. Disponível em: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/Bugallo_n29.pdf>. Acesso: 29 jun. 2017.

⁹⁷ DEL MASSO, Fabiano. **Direito econômico**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 155-156.

⁹⁸ A doutrina do *Law & Economics* será útil para a compreensão do exposto na segunda parte da seção 4.4 do capítulo 4.

⁹⁹ TIMM, Luciano Benetti. Ainda sobre a função social do direito contratual no código civil brasileiro: justiça distributiva versus eficiência econômica. **Revista da Associação Mineira de Direito e Economia**, Belo Horizonte, v. 2, p. 1-40, 2009. Disponível em: <<http://www.revista.amde.org.br/index.php/ramde/article/view/26/24>>. Acesso em: 28 jun. 2017.

O referido professor aduz que a parte fraca da relação contratual não deve ser vista de forma individualizada, mas sim como a coletividade, pois a sociedade ou a 'igualdade' não se traduzem pela parte mais fraca de uma relação contratual específica ou por apenas um demandante em uma lide, mas sim pelo grupo ou cadeia de pessoas integrantes de um determinado mercado.¹⁰⁰

De acordo com essa linha de pensamento, o contrato não pode ser analisado fora do contexto em que está inserido, justamente para não acarretar prejuízos à coletividade.

Para ilustrar esse raciocínio, Luciano Benetti Timm¹⁰¹ traz como exemplo a sociedade em relação a um contrato de financiamento habitacional, representada pela cadeia ou rede de mutuários ou potenciais mutuários, os quais dependem do cumprimento do contrato de cada indivíduo para se manter a estabilidade do sistema financeiro habitacional, viabilizando assim novos empréstimos a quem precisa.

Dessa forma, havendo quebra na rede contratual com inadimplementos das obrigações contratuais, a coletividade ficará sem recursos e terá que arcar com juros mais altos.

Conforme o citado professor, se os deveres legais criados pelo direito contratual não existissem, as partes teriam dificuldades em estabelecer relações impessoais, especialmente aquelas que operam para o futuro por meio de crédito e aquelas que necessariamente dependem de uma rede de contratos, como no caso dos contratos de financiamento habitacional.¹⁰²

Esse mesmo entendimento se aplica aos contratos de seguro, nos quais por vezes é necessário celebrar ao mesmo tempo um grande número de contratos análogos, a ponto de formar o fundo coletivo que suportará o interesse de todos, cuja satisfação e segurança dependerão, em larga medida, da preservação e do cumprimento dessa rede contratual.¹⁰³

Para ilustrar a análise do contrato a partir do interesse coletivo ou em razão de determinado nicho de mercado, é oportuno citar uma decisão do STJ, na qual o ministro Barros Monteiro utiliza argumentos que remetem às ideias da doutrina do *law & economics*

¹⁰⁰ TIMM, Luciano Benetti. Ainda sobre a função social do direito contratual no código civil brasileiro: justiça distributiva versus eficiência econômica. **Revista da Associação Mineira de Direito e Economia**, Belo Horizonte, v. 2, p. 1-40, 2009. Disponível em: <<http://www.revista.amde.org.br/index.php/ramde/article/view/26/24>>. Acesso em: 28 jun. 2017.

¹⁰¹ TIMM, Luciano Benetti. **Direito contratual brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 197. No mesmo sentido: LEONARDO, Rodrigo Xavier. A teoria das redes contratuais e a função social dos contratos: reflexões a partir de uma recente decisão do superior tribunal de justiça. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Doutrinas essenciais: obrigações e contratos: contratos: princípios e limites**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. v. 3. p. 1317-1320.

¹⁰² TIMM, 2009, loc. cit.

¹⁰³ Id., 2015, op. cit., p. 198.

para permitir a interrupção do fornecimento do serviço de água e luz aos consumidores inadimplentes:

[...] “na interpretação do art. 22 do CDC, Lei 8.078/90, não se pode ter uma visão individual, considerando-se o consumidor que, por algum infortúnio, está inadimplente, pois o que importa é o interesse da coletividade, que não pode ser onerada pela inadimplência. Os serviços essenciais, na atualidade, são prestados por empresas privadas que recompõem os altos investimentos com o valor recebido dos usuários, através dos preços públicos ou tarifas, sendo certa a existência de um contrato estabelecido entre concessionária e usuário, não sendo possível a gratuidade de tais serviços. Assim como não pode a concessionária deixar de fornecer o serviço, também não pode o usuário negar-se a pagar o que consumiu, sob pena de se admitir o enriquecimento sem causa, com a quebra do princípio da igualdade de tratamento das partes. A paralisação do serviço impõe-se quando houver inadimplência, repudiando-se apenas a interrupção abrupta, sem o aviso, como meio de pressão para o pagamento das contas em atraso. Assim, é permitido o corte do serviço, mas com o precedente aviso de advertência. À prestadora do serviço exige-se fornecimento de serviço continuado e de boa qualidade, respondendo ela pelos defeitos, acidentes ou paralisações, pois é objetiva a sua responsabilidade civil, como claro está no parágrafo único do art. 22 do CDC. Como então aceitar-se a paralisação no descumprimento da obrigação por parte dos consumidores? Tal aceitação levaria à idéia de se ter como gratuito o serviço, o que não pode ser suportado por quem fez enormes investimentos e conta com uma receita compatível com o oferecimento dos serviços. Essa é a interpretação que dou ao art. 22, e não consigo visualizar a chancela legislativa para a tolerância da inadimplência, com a manutenção do serviço”. De outro lado, a discussão acerca da alegada distorção nos valores das tarifas será objeto de análise pelas instâncias ordinárias, não podendo servir de justificativa para a interrupção no pagamento das faturas. Ademais, no caso de êxito dos requeridos ao final das demandas, sempre será possível a recomposição ou a compensação dos valores pagos a maior. O certo é que a leitura dos autos demonstra o agravamento do quadro de inadimplência que afeta a concessionária e a nociva repercussão do contexto sobre a saúde financeira da empresa, o que pode levar, inclusive, ao colapso no abastecimento de água do Município. Dessa forma, não se mostra razoável a proibição de interrupção no fornecimento de água àqueles consumidores que, mesmo após notificados, permanecem inadimplentes, o que autoriza, neste momento, o deferimento do pedido. [...]. Brasília, 06 de dezembro de 2007.¹⁰⁴

Como se nota, a função social do contrato sob a perspectiva da análise econômica do direito possibilita a interpretação dos contratos de acordo com contexto social e mercadológico em que o contrato está inserido.

Os contratos são interpretados de acordo com a sua espécie. Um contrato de compra e venda celebrado entre particulares não pode ser interpretado da mesma forma que um contrato bancário, ou mesmo como um contrato de trabalho, sendo que, para cada caso, a consecução da função social do contrato dependerá de uma compreensão de suas

¹⁰⁴ STJ. Suspensão de liminar e de sentença nº 804 - SP (2007/0295780-7). Min. Barros Monteiro. Publicação 12/12/2007. BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Brasília, DF, 2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>>. Acesso em: 2017.

características essenciais conjugadas com o contexto social e econômico em que o contrato está inserido.

Da mesma forma, não é possível cancelar como válido, por exemplo, que em um contrato celebrado entre duas sociedades empresárias no pleno exercício de sua atividade econômica sejam aplicados preceitos diversos do direito empresarial, visto que, diferentemente das demais searas jurídicas, nos contratos mercantis não é possível considerar que uma parte seja completamente hipossuficiente em relação à outra.

Conforme já demonstrado, o mínimo que se espera do empresário é que ele inclua em seus cálculos todos os custos de transação. Além disso, seria ilógico admitir que um empresário no exercício de sua profissão não seja capaz de compreender o conteúdo de uma obrigação assumida em um contrato.

Esse raciocínio é observado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO CIVIL E AGRÁRIO. COMPRA E VENDA DE SAFRA FUTURA A PREÇO CERTO. ALTERAÇÃO DO VALOR DO PRODUTO NO MERCADO. CIRCUNSTÂNCIA PREVISÍVEL. ONEROSIDADE EXCESSIVA. INEXISTÊNCIA. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO, BOA-FÉ OBJETIVA E PROIBIDADE. INEXISTÊNCIA. - A compra e venda de safra futura, a preço certo, obriga as partes se o fato que alterou o valor do produto agrícola não era imprevisível. - Na hipótese afigura-se impossível admitir onerosidade excessiva, inclusive porque a alta do dólar em virtude das eleições presidenciais e da iminência de guerra no Oriente Médio – motivos alegados pelo recorrido para sustentar a ocorrência de acontecimento extraordinário – porque são circunstâncias previsíveis, que podem ser levadas em consideração quando se contrata a venda para entrega futura com preço certo. - O fato do comprador obter maior margem de lucro na revenda, decorrente da majoração do preço do produto no mercado após a celebração do negócio, não indica a existência de má-fé, improbidade ou tentativa de desvio da função social do contrato. - **A função social infligida ao contrato não pode desconsiderar seu papel primário e natural, que é o econômico. Ao assegurar a venda de sua colheita futura, é de se esperar que o produtor inclua nos seus cálculos todos os custos em que poderá incorrer, tanto os decorrentes dos próprios termos do contrato, como aqueles derivados das condições da lavoura.** - A boa-fé objetiva se apresenta como uma exigência de lealdade, modelo objetivo de conduta, arquétipo social pelo qual impõe o poder-dever de que cada pessoa ajuste a própria conduta a esse modelo, agindo como agiria uma pessoa honesta, escorreita e leal. Não tendo o comprador agido de forma contrária a tais princípios, não há como inquinar seu comportamento de violador da boa-fé objetiva. Recurso especial conhecido e provido.¹⁰⁵

O Direito não pode servir de subterfúgio à incompetência no exercício da atividade empresarial. Se o empresário não tem condições de compreender o conteúdo do contrato que está prestes a firmar, deve procurar ajuda profissional ao invés de contar com uma posterior compreensão através de seus erros.

¹⁰⁵ STJ. REsp. 803.481/GO. 3ª Turma. Rel. Min. Nancy Andrighi. Dj 01/08/2007.

Obviamente, nem todos os contratos são completos e eficientes, cabendo também à função social dos contratos corrigir as falhas do mercado, viabilizando aos contratantes a utilidade máxima do que foi pactuado. Quando há imperfeição nos mercados, há custos de transação e a função do direito contratual é justamente a de reduzir tais custos.¹⁰⁶

Nesse sentido, cabe trazer as ponderações de Luciano Benetti Timm:

Dessa forma, principal função social do direito contratual é possibilitar a ocorrência dos contratos, o fluxo de trocas no mercado, a alocação de riscos pelos agentes econômicos e seu comprometimento em ações futuras até que seja alcançada a situação mais eficiente, isto é, quando ambas as partes recebem os benefícios econômicos da barganha e distribuem o saldo positivo resultante da transação.¹⁰⁷

Por fim, observa-se que a análise econômica do direito fornece ferramentas quantitativas para o estudo e aplicação da função social do contrato, possibilitando a análise do contrato no ambiente de mercado.

Diante desse aspecto, a combinação entre a função social do contrato e a doutrina do *law & economics* pode oferecer um marco regulatório previsível e passível de proteção jurídica, minimizando eventuais problemas de comunicação entre as partes, protegendo os recursos financeiros dos contratantes, ao passo que gera mecanismos de segurança e de alocação de risco, bem como afasta comportamentos oportunistas.¹⁰⁸

¹⁰⁶ ESPINDOLA, Amanda Vilarino. **Breves considerações acerca da função social dos contratos sob o enfoque da análise econômica do direito.** [Nova Lima, 20--]. Disponível em: <www.jasonalbergaria.com.br/Documentos/funcao_social_dos_contratos.pdf>. Acesso em: 1 jul. 2017.

¹⁰⁷ TIMM, Luciano Benetti. **Direito contratual brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 203.

¹⁰⁸ Ibid., p. 213-214.

CAPÍTULO 2 INTERPRETAÇÃO CONTRATUAL, CLÁUSULAS GERAIS E CONCEITOS LEGAIS INDETERMINADOS

Superado o estudo inicial sobre o princípio da função social do contrato, o presente capítulo trará um estudo sobre a atividade de interpretação dos contratos e a hermenêutica contratual, considerando os conhecimentos trazidos no capítulo anterior, aliado a uma pesquisa jusfilosófica.

A importância da interpretação contratual se dá no alcance da revelação da vontade comum. A exteriorização expressa da vontade não consiste tão somente em revelar o sentido das partes, mas sim o que a vontade representa considerando suas limitações e consequências.¹⁰⁹

No acordo de vontades estabelecido entre as partes, existe a possibilidade de haver completa simetria entre o que por elas foi desejado no momento da avença, com o consequente cumprimento dos direitos e obrigações assumidos. Nessa hipótese, não há que se falar em interpretação propriamente dita, visto que o sentido e o alcance das cláusulas contratuais coincidem plenamente, seja no processo de formação do acordo de vontades ou, posteriormente, no momento da sua exteriorização.¹¹⁰

Entretanto, ante a possibilidade de inexistir tal simetria, levando a frustração das expectativas das partes quanto ao sentido e o alcance das cláusulas contratuais, Newton de Lucca¹¹¹ afirma ser absolutamente decisivo o processo de interpretação contratual, com o escopo de que sejam afastadas quaisquer dúvidas, omissões, obscuridades ou contradições existentes nas cláusulas do contrato.

Carlos Maximiliano¹¹², aludindo Ludwig Enneccerus¹¹³, ensina que interpretar uma expressão de Direito "[...] não é simplesmente tornar claro o respectivo dizer, abstratamente falando; é, sobretudo, revelar o sentido apropriado para a vida real, e conducente a uma decisão reta", e prossegue ao aduzir que não se trata de uma arte para simples deleite intelectual, assumindo assim as proporções de uma disciplina com grande viés prático, cuja

¹⁰⁹ SILVA, Rodney Malveira da. **Hermenêutica contratual**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 7.

¹¹⁰ Nesse sentido, Cf: SIMAS, Henrique de Carvalho. **Manual elementar de direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958. p. 219.

¹¹¹ LUCCA, Newton de. Normas de interpretação contratual no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, ano 1, v. 101, p. 185, jan./dez. 2006.

¹¹² MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 8.

¹¹³ ENNECCERUS, Ludwig. **Tratado de derecho civil (parte general)**. Trad. Blas Pérez González e José Alguer. Barcelona: Bosch, 1943. v. 1. t. 1. § 48. p. 202-203.

utilidade auxilia e promove o progresso, bem como contribui para impedir a estagnação do Direito.¹¹⁴

Nesse sentido, é oportuno citar o ensinamento de Karl Engisch: “Escopo da interpretação é uma compreensão da norma tal que torne possível a decisão justa no caso concreto. O juiz chega à decisão justa no caso concreto especialmente resolvendo em certa direção a tensão entre a segurança jurídica e justiça [...]”.¹¹⁵

Contudo, isso não significa que o objetivo da interpretação contratual seja simplesmente o de entender o que dizem os artigos de lei relativos à interpretação dos contratos. No direito contratual, por certo, isto não basta¹¹⁶, como se verá em farta doutrina sobre o tema, a começar pelas ideias de Emilio Betti.

Em um breve resumo de algumas das considerações de Emilio Betti¹¹⁷, inicialmente cabe aduzir que a palavra “interpretação” merece uma análise cuidadosa, visto que é por vezes utilizada de forma defeituosa, gerando confusões terminológicas.

O referido professor utiliza a distinção entre as palavras “evento” e “ação” para caracterizar a interpretação como sendo a ação cujo evento útil é entender. Por conseguinte, esclarece que se trata de uma atividade que demanda a espontaneidade espiritual daquele que é chamado a entender¹¹⁸.

Para Betti¹¹⁹, a interpretação é um processo cognoscitivo *sui generis*, no qual o espírito pensante daquele que interpreta e a espiritualidade objetivada convergem em forma representativa. Em síntese, o processo interpretativo responde ao problema epistemológico do entender.

¹¹⁴ Nesse sentido, cumpre trazer as observações do professor Antonio Junqueira de Azevedo, ao afirmar que a interpretação também pode ser vislumbrada como uma forma de intuição pela busca do que é justo: [...] interpretar, como revelam alguns profundos trabalhos de hermenêutica, não é apenas “entender intelectualmente”, é também intuir – especialmente no caso do direito, em que o objetivo final é manter a vida e resolver os problemas existenciais da pessoa humana no seu relacionamento recíproco. Saudemos, pois, sem medo, também esse aspecto do mundo pós-moderno. AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 12 (cap. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana).

¹¹⁵ ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Trad. J. Baptista Machado. 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008. p. 200-201.

¹¹⁶ Nesse sentido, cabe a observação da passagem da obra de Ludwig Enneccerus: “*El objetivo de la interpretación es el esclarecimiento del sentido propio de una proposición jurídica [...] El pueblo, aun no acostumbrado a la abstracción y sobre todo en un anhelo hacia la seguridad jurídica, se detiene en lo exterior, en la palabra sensible que ofrece la máxima seguridad. [...] Constituye un problema discutidísimo el de determinar más precisamente el objetivo de esta interpretación de la voluntad, o, mejor aún, del sentido.*” ENNECCERUS, Ludwig. **Tratado de derecho civil (parte general)**. Trad. Blas Pérez González e José Alger. Barcelona: Bosch, 1943. v. 1. t. 1. § 49. p. 203-204. (grifo do autor).

¹¹⁷ BETTI, Emilio. **Teoria generale dell’interpretazione**. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1955. especialmente as p. 1-23. (*Prolegomeni a una teoria generale dell’interpretazione*).

¹¹⁸ Ibid., p. 23-38.

¹¹⁹ Ibid., p. 65-71. (*Il problema epistemologico dell’intendere*).

A interpretação dos contratos está sempre vinculada à principiologia contratual. De acordo com Jose Antonio Niño¹²⁰, a interpretação é a atividade aplicada para conhecer o sentido das coisas. Para o direito contratual, interpretar se traduz na compreensão e aplicação dos princípios, é saber que princípio deverá ser aplicado em cada caso.

Ao interpretar o significado das linhas contratuais, o intérprete descobre não só a vontade do legislador, mas também a vontade concreta da lei, conjugando-a com a dos contratantes. Nos contratos, o elemento essencial de caracterização do vínculo entre as partes é a manifestação de vontades, entretanto, a lei nem sempre se mostra suficiente para impedir o surgimento de controvérsias sobre a intenção das partes na formação do negócio.¹²¹

É o que assevera António Castanheira Neves¹²² ao aduzir: “[...] o negócio jurídico põe-nos perante uma juridicidade concreta e concretamente constituída”, o que significa que da mesma forma que se busca interpretar as normas legais e os demais parâmetros trazidos pelo código, busca-se também o sentido das declarações de vontade, visto que tais declarações vão viabilizar a aplicação da disciplina jurídica, através da qual se estabelece o processo de interpretação.

No que diz respeito ao processo de interpretação, Mônica Yoshizato Bierwagen¹²³ afirma que o intérprete do contrato desempenha atividade semelhante à interpretação das leis, com a agravante de conciliar a vontade das partes, podendo valer-se dos critérios presentes na lei, na doutrina e na jurisprudência, além dos princípios gerais de direito e dos métodos tradicionais de interpretação, extraindo desse conjunto o sentido que melhor se adegue às necessidades das partes.

No mesmo sentido é o pensamento de Karl Larenz, ao ponderar que a interpretação das leis e dos negócios jurídicos seguem os mesmos princípios:

Assentamos obviamente em que tanto na interpretação dos negócios jurídicos como na interpretação das leis se trata do entendimento que em cada caso seja “correcto”, quer dizer, do entendimento juridicamente relevante de expressões linguísticas. A necessidade da interpretação decorre sempre do carácter polissêmico e, em muitos casos, da abertura da linguagem corrente e da necessidade de tal remediar. Para além disso, a interpretação da lei ou dos negócios jurídicos segue sempre as funções especiais e os interesses das pessoas envolvidas. Os princípios que valem para uma

¹²⁰ NIÑO, Jose Antonio. **La interpretación de las leyes**. México: Porrúa, 1971. p. 17. No mesmo sentido, Cf: LACROZE, Federico A. Torres; MARTIN, Guillermo Patricio. **Manual de introducción al derecho**. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983. p. 349.

¹²¹ KIRCHNER, Felipe. **Interpretação contratual: hermenêutica e concreção**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 157-160.

¹²² NEVES, António Castanheira. **Questão-de-facto-questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade**: ensaio de uma reposição crítica. Coimbra: Almedina, 1967. p. 328.

¹²³ BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. **Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo código civil**. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007. p. 82.

espécie de interpretação só com grande cautela podem ser vertidos para uma outra, se, de todo em todo, o puderem ser.¹²⁴

Malgrado seja indubitável que a interpretação das leis e dos contratos figurem situações diferentes, há uma aproximação entre as duas técnicas, principalmente considerando o contrato como a expressão maior dos negócios jurídicos e como ente social.¹²⁵

Com efeito, foram incorporados ao processo de interpretação contratual o senso de justiça e a função social dos contratos. Como nos contratos impera a manifestação de vontades, deve o intérprete fazer a interpretação que melhor assegure o que os contratantes queriam quando firmaram acordo, buscando ser equânime e justo para ambos, na exata medida da manifestação de suas vontades.¹²⁶

O Código Civil traz regras de ordem geral que devem prevalecer em todos os contratos. A título de exemplo, cabe observar o art. 112 do Código Civil¹²⁷, que versa sobre a adequação da intenção das partes nas linhas contratuais. Nesse sentido, cumpre trazer a lume a lição de Arruda Alvim:

[...] a redação atribuída ao vigente artigo 112 do Código Civil veio expressar adequada e corretamente a relação necessária entre vontade (conteúdo) e declaração (continente), no plano dos negócios jurídicos e dos contratos, no sentido de que, se uma dada vontade não foi declarada, não é possível tomá-la em consideração. No caso do que se disse, não é possível conhecer-se o **conteúdo**, se não existe o **continente**.¹²⁸

Insta salientar que o espírito do art. 112 corresponde rigorosamente ao art. 85 do Código Civil de 1916, ao dispor que a interpretação gramatical não deverá prevalecer sobre a verdadeira intenção das partes. Para Clóvis Beviláqua¹²⁹, esse preceito é mais do que uma regra de interpretação, podendo ser vislumbrado como elemento complementar do conceito de

¹²⁴ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 491.

¹²⁵ SILVA, Rodney Malveira da. **Hermenêutica contratual**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 13.

¹²⁶ A preocupação com o processo hermenêutico é uma prioridade no Código Civil, conforme se observa na exposição de motivos: “Tornar explícito, como princípio condicionador de todo o processo hermenêutico, que a *liberdade de contratar* só pode ser exercida em consonância com os fins sociais do contrato, implicando os valores primordiais da boa-fé e da probidade. Trata-se de preceito fundamental, dispensável talvez sob o enfoque de uma estreita compreensão positivista do Direito, mas essencial à adequação das normas particulares à concreção ética da experiência jurídica.”

¹²⁷ O referido dispositivo deriva do entendimento consagrado no brocardo latino, segundo o qual “*scire leges, hoc non est verba earum tenere, sed vim ac potestatem*”, que livremente traduzido significa: Saber a lei não é reter suas palavras, mas sua força e seu poder.

¹²⁸ ALVIM, José Manuel Arruda. A sintonia da redação do artigo 112 do código civil com os princípios contemporâneos do negócio jurídico bilateral e do contrato. **Revista do Advogado**, São Paulo, ano 24, n. 77, p. 13, jul. 2004. (grifos do autor).

¹²⁹ BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, comentado por Clóvis Beviláqua**. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1940. v. 1. p. 333.

ato jurídico, ao posicionar a vontade como parte essencial do ato jurídico, que, quando manifestada de acordo com a lei, atribui eficácia ao Direito.¹³⁰

O próximo dispositivo a ser analisado é o art. 113, que é um dos precursores no que diz respeito às regras específicas sobre interpretação contratual.

Inicialmente, da redação do referido artigo, nota-se que além da observância da boa-fé, o negócio jurídico deve ser interpretado de acordo com os usos do lugar de sua celebração, apresentando assim, uma formulação cumulativa.¹³¹

Para Miguel Reale¹³², o art. 113 é considerado como um dispositivo chave da nova codificação do Direito Privado, por se tratar de uma norma fundante que dá sentido às demais, ao sintetizar diretrizes válidas para o ordenamento jurídico.

Outro aspecto que se revela na redação do art. 113 é a opção do legislador em promover a interpretação objetiva dos negócios jurídicos, de maneira semelhante ao § 242 do BGB *in verbis*: “O devedor está obrigado a executar a prestação como exige a boa-fé, em atenção aos usos e costumes”.

É possível observar a objetividade da boa-fé contida no art. 113 em vários dispositivos do Código Civil, tais como os arts. 164, 765, 766, 879, 906, 1.201, 1.203, 1.214, 1.216, 1.217, 1.218, 1.219, 1.242, 1.254, 1.255, 1.256, 1.260, 1.268, 1.561.

Por conseguinte, o art. 114 prevê que nos contratos benéficos, cujo objeto é dado por mera liberalidade, a interpretação somente pode ser restritiva. Sobre o artigo em análise, Álvaro Villaça Azevedo pondera:

Por sua vez, o art. 114 do novo Código Civil (art. 1.090 do Código Civil antigo) acolhe o princípio de hermenêutica, segundo o qual devem ser interpretados, estritamente, os contratos benéficos, pois que, contendo estes uma liberalidade, não pode esta aumentar-se por obra de interpretação, o que viria a conferir maiores vantagens do que as pretendidas pelo beneficiador.¹³³

Por último, o Código Civil também dispõe regras específicas de interpretação contratual, tais como os arts. 423 e 424, que estabelecem a interpretação favorável das

¹³⁰ O art. 112, bem como o art. 85 de ambos os diplomas civis, traz carregado conteúdo histórico. Em verdade, os referidos dispositivos hodiernamente simbolizam a vitória da “*voluntas*” sobre a “*verba*”, como tendência interpretativa dos negócios jurídicos, que teve início com os pretores romanos, que passaram a atribuir maior valor à intenção das partes em detrimento da “*verba*” ou sentido literal das palavras. Esse momento histórico é conhecido como a “Causa Curiana”. Cf. MARCHI, Eduardo César Silveira Vita. Interpretação dos negócios jurídicos: a “causa curiana” e o art. 85 do código civil. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui. (Org.). **Doutrinas essenciais: direito civil: parte geral**. v. 4. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 220-222.

¹³¹ DELGADO, José Augusto; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. Arts. 104-232. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (Coord.). **Comentários ao código civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 2. p. 249.

¹³² REALE, Miguel. **Um artigo-chave do código civil**. São Paulo, 2003. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/artchave.htm>>. Acesso: 24 abr. 2017.

¹³³ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral dos contratos típicos e atípicos: curso de direito civil**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 55.

cláusulas contratuais ao aderente, bem como a nulidade das cláusulas que estipulem a renúncia antecipada de direitos.

Além desses dispositivos, o diploma civil apresenta as cláusulas gerais e os conceitos legais indeterminados como instrumentos para garantir o equilíbrio contratual.

2.1 O Código civil de 1916, a fórmula casuística, a abertura do sistema e as cláusulas gerais

O Código Civil, dentre os seus aspectos inovadores, adotou a técnica legislativa das cláusulas gerais e dos conceitos legais indeterminados, que são a boa-fé objetiva e a função social do contrato, cuja adoção pelo legislador modificou significativamente a teoria contratual clássica, culminando por renová-la.

Tal renovação, principalmente no direito contratual, revelou-se necessária, dada a insuficiência contida no Código Civil de 1916, o qual regulava todos os atos da vida civil pela fórmula casuística de legislar ou *fatispécie*.¹³⁴

O Código de Beviláqua refletia os ideais do século XIX, nos quais os princípios da autonomia da vontade, da liberdade de contratar e do *pacta sunt servanda* estavam no seu apogeu, o que conferia ao referido diploma uma natureza individualista e conservadora, que privilegiava o sujeito de direito como titular de um patrimônio.

O antigo código também era concebido como a “constituição” do direito privado, ao disciplinar as relações jurídicas civis de forma casuística, com a pretensão de solucionar as diversas situações que pudessem envolver os sujeitos de direito.

A lição de Natalino Irti reflete as considerações trazidas:

Il legislatore s'illude di creare un repertorio di figure e discipline tipiche, sicché il giudice poco o nulla possa aggiungere all'accertamento del fatto concreto ed alla lettura del testo normativo. La tecnica della fattispecie elimina, o riduce al minimo, le clausole generali ed i concetti fluidi: al carattere dell'immutabilità si

¹³⁴ João Carlos Bianco afirma que a regulação por *fatispécie* (subsunção do fato à norma) marca o período conhecido como a Era da Codificação, na qual houve o surgimento do sistema fechado, no qual a atividade do intérprete se resumia em isolar determinado fato e identificá-lo com a norma aplicável. No curso de tal panorama jurídico, após a vigência do *Code Napoléon* de 1804, foram concebidos nos mesmos moldes o Código Civil do Chile de 1855, o primeiro Código Civil de Portugal de 1867, o primeiro Código Civil da Itália de 1865, o Código Civil da Alemanha de 1900, o Código Civil e o Código das Obrigações da Suíça de 1904 e o primeiro Código Civil brasileiro de 1916. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**, Franca, v. 8, n. 1, p. 87-88-104, mar. 2015. No mesmo sentido, Cf: IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Doutrinas essenciais: obrigações e contratos: obrigações: estrutura e dogmática**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. v. 1. p. 408; MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. p. 179-180.

*accompagnano la pretesa della compiutezza e l'ambizione di dare risposta a tutti i problemi della realtà.*¹³⁵

Contudo, a evolução pela qual passou o mundo exigiu profundas modificações no antigo código civil e na legislação privada extravagante, principalmente após a revolução industrial, com o desenvolvimento dos meios de produção, das instituições financeiras e do mundo dos negócios¹³⁶. A indústria, marcadamente artesanal, passou a lançar produtos em massa no mercado, cuja circulação e venda forçosamente envolveram a participação de empresas diversas do fabricante, que igualmente trabalhavam em massa, visando a atender às necessidades de milhões de pessoas.

Nesse sentido, a massificação dos contratos revela-se, portanto, como consequência do novo paradigma industrial e comercial que aumentou o número de empresas, bem como de suas interações¹³⁷. Apesar disso, a massificação das comunicações e a globalização acirraram a concorrência e o consumo, obrigando as empresas a reduzir custos e acelerar os negócios, originando assim as cláusulas contratuais gerais e os contratos de adesão.¹³⁸

O Direito, por sua vez, em face de tais acontecimentos, passou por uma mudança de paradigma, verificada com o envelhecimento das codificações e com as rápidas transformações sociais.¹³⁹

A noção normativista do Direito, fundada na positivação como componente essencial do ordenamento jurídico, começou a ser insuficiente para fornecer respostas a todas as questões,

¹³⁵ IRTI, Natalino. L'età della decodificazione. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Doutrinas essenciais: obrigações e contratos: obrigações: estrutura e dogmática**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. v. 1. p. 408-409; HASSEMER, Winfried. Sistema jurídico e codificação: a vinculação do juiz à lei. In: KAUFFAMN, Arthur; HASSEMER, Winfried. (Org.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. 2. ed. Trad. António Manuel Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009. p. 281.

¹³⁶ MELO, Diogo L. Machado de. **Cláusulas contratuais gerais (contratos de adesão, cláusulas abusivas e o código civil de 2002)**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1-2.

¹³⁷ “Esta técnica de conclusão dos negócios [contrato *standard*] começa a afirmar-se, de modo significativo – na prática dos mercados capitalistas – sobretudo na época subsequente à Revolução Industrial do início do século dezenove. Na Europa desses anos, os progressos das técnicas produtivas, a descoberta de novas fontes de energia e a mais racional e intensa utilização das já conhecidas, a diferente organização do trabalho no interior das empresas, a crescente dimensão destas [e do volume dos capitais nelas empregues] atingem todos os sectores da economia com um impacto sem precedentes. E por reflexo directo destas transformações, cada um dos sectores conhece – em várias formas e medidas – a estandardização das relações contratuais que se desenrolam em seu seio. Delinear esta evolução de formas e técnicas de contratação significa, ao mesmo tempo, percorrer as vicissitudes de algumas das fundamentais ‘instituições do capitalismo’.” ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 313.

¹³⁸ Nesse sentido Cf: ASCENSÃO, José de Oliveira. Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e o novo código civil. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 39, p. 6, dez. 2003.

¹³⁹ A esse respeito, cumpre trazer algumas considerações de Gustavo Tepedino: Pouco a pouco, o esmorecimento do interesse pelo velho projeto de lei parecia coincidir com a perda da centralidade do Código Civil no sistema de fontes normativas. [...] na medida em que a disciplina do Código era considerada mais e mais ultrapassada. TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: _____. (Coord.). **A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 33.

bem como satisfazer as necessidades dessa nova realidade social. O sistema legislativo fechado, adotado pelo Código Civil de 1916, já não mais atendia as demandas da sociedade.

No cenário contemporâneo, não há mais espaço para sistemas fechados, haja vista que o trabalho do intérprete não se vincula estritamente aos textos legais e às estruturas da norma jurídica isoladamente, pois o sistema jurídico hodierno necessariamente é mais abrangente.

Consequentemente, as relações contratuais tiveram que se adequar à velocidade da vida moderna, mostrando-se cada vez mais raros os contratos cujas cláusulas eram discutidas entre as partes.

Da concepção individualista das relações contratuais e de propriedade, surgiu a necessidade de se atribuir uma finalidade social e ética no direito privado, principalmente na celebração dos contratos. Exigia-se, pois, uma lei civil mais voltada para a realidade do que para categorias estanques, que não abarcavam os problemas sociais contemporâneos.

As palavras de Clóvis do Couto e Silva são elucidativas nesse sentido:

[...] dotar a sociedade de uma técnica legislativa e jurídica que possua uma unidade valorativa e conceitual, ao mesmo tempo em que infunda nas leis especiais essas virtudes, permitindo à doutrina integrá-las num sistema, entendida, entretanto, essa noção, de um modo aberto.¹⁴⁰

Dessa feita, o novo pensamento sistemático proporcionado pelas cláusulas gerais e pelos conceitos legais indeterminados tem o condão de operacionalizar a adequação do Direito à efetiva realidade, ao permitir que o julgador, ao apreciar determinada situação concreta, busque a interpretação mais adequada para o seu desfecho, o que era impossível de se atingir com o Código Civil de 1916, que vigia como um sistema fechado, arraigado no modelo oitocentista.

Nesse contexto de inovação legislativa, o legislador optou por um sistema que concilia ambas as técnicas legislativas, a da casuística, a das cláusulas gerais e dos conceitos legais indeterminados, na tentativa de oxigenar a legislação civil e atender a realidade cambiante, sem comprometer, contudo, a segurança jurídica trazida pelo ordenamento, especialmente no que diz respeito ao tradicional instituto do contrato.¹⁴¹

A esse respeito, cumpre trazer à colação a lição de Pietro Perlingieri:

¹⁴⁰ SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 77, v. 628, p. 17, fev. 1988.

¹⁴¹ Nesse sentido, Cf: BIANCO, João Carlos. Os princípios fundantes no direito das obrigações. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**, Franca, v. 8, n. 1, p. 88-89, mar. 2015; NALIN, Paulo. Cláusula geral e segurança jurídica no código civil. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, n. 23, p. 59-75, 2005; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Uma reflexão sobre as cláusulas gerais do código civil de 2002 – a função social do contrato. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 94, v. 831, p. 73, jan. 2005.

[...] ao lado da técnica de legislar com normas regulamentares (ou seja, através de previsões específicas e circunstanciadas), coloca-se a técnica das cláusulas gerais. Legislar por cláusulas gerais significa deixar ao juiz, ao intérprete, uma maior possibilidade de adaptar a norma às situações de fato.¹⁴²

Houve então um *upgrade* no sistema do Código Civil, com a migração de um sistema fechado para semiaberto. No entanto, antes de seguir com a explicação sobre as cláusulas gerais, é necessário esclarecer o que representa essa abertura sistemática, que guarda relação com a diferença entre as noções de sistema fechado e de sistema aberto.

O ponto de partida para tal distinção é o grau de diferenciação entre o que está dentro e o que está fora do sistema. Se o sistema não apresentar “válvulas de escape” que permitem que ele se ligue com os elementos circundantes, considera-se este um sistema fechado. O sistema fechado é autorreferente e, portanto, exclusivo e excludente. Todavia, se o sistema comportar vias de comunicação com o ambiente externo, diz-se que é um sistema aberto¹⁴³.

Em se tratando de um “sistema aberto”, cumpre aduzir as considerações de Judith Martins-Costa, no que diz respeito ao seu correto entendimento:

[...] não se pode entender a expressão sistema aberto em sua literalidade. Um sistema completamente aberto é um não-sistema, uma *contradictio in terminis*. Devemos, pois, entender por sistema aberto um sistema que se auto-referencia de modo apenas relativo. Não é, portanto, excludente do que está às suas margens, possuindo mecanismos de captação do seu entorno e de ressystematização destes elementos.¹⁴⁴

A aproximação do direito com as ciências sociais, bem como a busca pela solução dos problemas gerados pelo desenvolvimento acelerado da sociedade, conduziu a tentativa de purificação do direito, promovendo consequentemente a relativa abertura do sistema jurídico.

Ou seja, tal abertura do sistema sob uma perspectiva jusfilosófica diz respeito ao reconhecimento da influência do sistema social sobre o direito, bem como da influência dos microssistemas jurídicos sobre o sistema de direito privado.¹⁴⁵

Com efeito, Norberto Bobbio¹⁴⁶ conceitua o sistema relativamente aberto como aquele que contém um grande número de normas em estado fluido e em contínua

¹⁴² PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. 3. ed. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 27.

¹⁴³ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. p. 42-43.

¹⁴⁴ Ibid., p. 43.

¹⁴⁵ COSTA FILHO, Venceslau Tavares. A morte e a morte da concepção sistemática do direito privado: abertura hermenêutica, tópica e cláusulas gerais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 48, n. 189, p. 149, jan./mar. 2011.

¹⁴⁶ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007. p. XIII.

transformação, além de atribuir ao jurista a tarefa de colaborar com o legislador e com o juiz no trabalho de criação do novo direito.

Para se atingir o desiderato de adequar a nova legislação civil aos ditames da vida moderna, o legislador por vezes se socorreu das cláusulas gerais e dos conceitos legais indeterminados, haja vista que se mostrava ineficiente a técnica da regulamentação por fatispécie anteriormente adotada.

As cláusulas gerais¹⁴⁷, conforme ensina José de Oliveira Ascensão, surgem como um dos marcos dessa mudança de paradigma do Direito. Entretanto, para o referido professor, tal terminologia é extremamente infeliz, pois se aproxima de uma contradição terminológica, como se observa em suas ponderações:

“Cláusula” é uma estipulação negocial, no seu sentido básico. Aparece com este sentido quando falamos em “cláusulas negociais gerais”, por exemplo. Mas as cláusulas gerais que referimos agora não são estipulações das partes, são polos ou critérios normativos de valoração, que presidem à interpretação e aplicação de regras jurídicas. São elementos que injetam sentido e substância na ordem normativa, de modo a enriquecê-la, para se tornar uma ordem valorativa mesmo quando não há mudança de leis. Podemos dizer que constituem ainda *preceitos*, mas não são *regras*, como as outras, e muito menos *cláusulas*. Não pautam um tipo de relação, antes presidem à interpretação e sobretudo à aplicação de regras jurídicas, introduzindo sentido e substância na aplicação. Exigem por isso uma valoração por parte do intérprete, não se bastando com meras descrições.¹⁴⁸

Malgrado a doutrina busque constantemente a criação um conceito de cláusula geral, o fato é que, como bem indica Karl Engisch¹⁴⁹, por se tratar de um instituto multifacetado, o

¹⁴⁷ No BGB são apontadas como modelos tradicionais de cláusulas gerais os § 138, 242, e 826, assim redigidos: § 138, 1: “O ato jurídico contrário aos bons costumes é nulo”; § 242: “O devedor deve cumprir a prestação tal como o exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfico jurídico”; § 826: “Aquele que objetivou prejudicar alguém por meio de atitudes contrárias aos bons costumes é obrigado a reparar os danos causados.” Em complemento às informações trazidas, é oportuna a passagem da pesquisa realizada por Fabiano Menke: À época, o *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) contava com apenas duas décadas de vigência, e, em três parágrafos, até então praticamente adormecidos, a jurisprudência alemã encontraria a solução para afastar o desequilíbrio gerado em milhares de relações contratuais. Os três parágrafos foram mais tarde denominados de “famous three”. Eram os parágrafos 138, 242 e 826, “[...] cuja característica central é a de autorizar explicitamente o uso de idéias morais como boa-fé e bons costumes.” MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, ano 13, n. 50, p. 10-11, abr./jun. 2004.

¹⁴⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. Um direito de cláusulas gerais? sentido e limites. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, Fortaleza, v. 33, n. 2, p. 302, jul./dez. 2013. Em complemento a lição do professor Ascensão, é oportuno trazer as considerações de Henri Capitant, ao aduzir que a palavra “Cláusula” é derivada do latim *clausula*, de claudere, que significa fechar, cerrar. Na linguagem jurídica, a aludida palavra significa qualquer manifestação de vontade imposta em um contrato, da qual se restringe ou se dispõe suas condições e efeitos. CAPITANT, Henri. **Vocabulário jurídico**. Trad. Aquiles Horacio Guaglianone. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1979. p. 113; SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989. v. 1. p. 435.

¹⁴⁹ ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Trad. J. Baptista Machado. 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008. p. 288. No mesmo sentido, Cf: MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. p. 288.

seu conceito deve levar em consideração a análise de sua estrutura fundamental, qual seja, o seu papel como técnica legislativa em contraposição à fórmula casuística.

Assim sendo, trata-se de normas jurídicas especiais, visto que lhes falta o preenchimento de conteúdo determinado, o qual somente é alcançado por meio de valorações, referências a critérios ponderados e sopesados pelo magistrado no momento da formação de sua convicção em determinado caso concreto.¹⁵⁰

André Osório Gondinho¹⁵¹ afirma que as cláusulas gerais são normas especiais, justamente por serem desprovidas dos critérios necessários à sua concreção, podendo estes ser fundamentalmente determinados com a análise do caso concreto, o que atribui à cláusula geral a natureza de *standing points* para a formação judicial da norma no bojo de determinada demanda.

Por conseguinte, as cláusulas gerais são estruturadas com linguagem intencionalmente aberta, fluida ou vaga, ou seja, possuem expressões linguísticas ou signos cujo referencial semântico é pouco nítido, carecendo de contornos claros, razão pela qual seus conceitos não são objetivos e prontamente identificáveis no mundo dos fatos.¹⁵²

Com efeito, as características das cláusulas gerais são assim definidas por destoarem da fórmula casuística, da qual se especificam todos os elementos de incidência, limitando, portanto, o trabalho do intérprete à subsunção da norma ao caso concreto, pois os critérios de aplicação são predeterminados, deixando a ele pouco espaço para que determine o sentido e o alcance da norma.

Contudo, a mencionada vagueza ou abertura, ínsita à noção da cláusula geral, não denota qualquer defeito de redação, linguagem ou obscuridade, como pode parecer em um primeiro momento, visto que tal vagueza é intencional, justamente para possibilitar o amoldamento da *fatispécie* normativa a novas situações, as quais, em sua maioria, são inusitadas e sequer podem ser previstas quando da criação do texto normativo pelo legislador.¹⁵³

¹⁵⁰ NERY JÚNIOR, Nelson. Contratos no código civil. apontamentos gerais. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; FRANCIULLI NETTO, Domingos. (Coord.). **O novo código civil: estudos em homenagem ao Prof. Miguel Reale**. São Paulo: LTr, 2003. p. 429.

¹⁵¹ GONDINHO, André Osório. Codificação e cláusulas gerais. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 2, p. 5, jan./mar. 2000.

¹⁵² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Uma reflexão sobre as cláusulas gerais do código civil de 2002 – a função social do contrato. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 94, v. 831, p. 60, jan. 2005; BIANCO, João Carlos. Os princípios fundantes no direito das obrigações. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**, Franca, v. 8, n. 1, p. 88-89, mar. 2015; NALIN, Paulo. Cláusula geral e segurança jurídica no código civil. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, n. 23, p. 59-75, 2005.

¹⁵³ Nesse sentido, Cf: JORGE JÚNIOR, Alberto Gossion. **Cláusulas gerais no novo código civil**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. XVII; BIANCO, João Carlos. Os princípios fundantes no direito das obrigações. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**, Franca, v. 8, n. 1, p. 89, mar. 2015.

Por seu turno, Claudio Luzzati¹⁵⁴ as designa como disposições de conteúdo elástico, para enfatizar o caráter de adaptabilidade dessas normas às situações nas quais o juiz é chamado a conhecer e sobre as quais deve se pronunciar. O referido professor ainda as denomina como: “conceitos elásticos”, “conceitos-válvula”, “órgãos respiratórios”, “conceitos com sentido em branco”, “noções de conteúdo variável” e “hipóteses típicas abertas”.

As cláusulas gerais podem ser classificadas em três espécies, quais sejam: restritivas, regulativas e extensivas.¹⁵⁵

Cláusulas gerais restritivas são aquelas que, sem anular o arcabouço jurídico para determinada situação, exigem observância de seu conteúdo. A título de exemplo, cabe aduzir as conclusões do Tribunal de Justiça de São Paulo sobre a boa-fé:

A turma julgadora não está alheia aos contornos atuais da função social do contrato, um tema sedutor e muito bem analisado por ORLANDO GOMES e ANTUNES VARELA (Direito Econômico, Saraiva, 1977). A inalterabilidade das convenções ('pacta sunt servanda') continua como fator de segurança, mas a boa-fé contra o abuso contratual, obriga o juiz a buscar o equilíbrio pela finalidade do contrato, com a sua adaptação às necessidades reais do contraente socialmente mais fraco.¹⁵⁶

Por sua vez, são consideradas ampliativas ou extensivas, as cláusulas gerais que estendem a ambiência do sistema jurídico, como, por exemplo, o art. 7º do Código de Defesa do Consumidor.

Por fim, considera-se cláusula geral regulativa aquela cujo objetivo é satisfazer determinada situação concreta, lastreada nos princípios reconhecidos no sistema jurídico, por exemplo, a cláusula geral de responsabilidade civil prevista no art. 927, calcada no princípio geral de que todo o dano, decorrente de ato ilícito, deve ser reparado.

Diante de tais elementos, é possível afirmar que o conteúdo das cláusulas gerais depende de uma integração concretizadora que deve ser realizada pelo magistrado ou pelos

¹⁵⁴ LUZZATI, Claudio. *La vaghezza delle norme, un'analisi del linguaggio giuridico*. Milano: Giuffrè, 1990, p. 305-306.

¹⁵⁵ “a) disposições de tipo restritivo, configurando cláusulas gerais que delimitam ou restringem, em certas situações, o âmbito de um conjunto de permissões singulares advindas de regra ou princípio jurídico. É o caso, paradigmático, da restrição operada pela cláusula geral da função social do contrato às regras, contratuais ou legais, que têm a sua fonte no princípio da liberdade contratual; b) de tipo regulativo, configurando cláusulas que servem para regular, com base em um princípio, hipótese de fato não casuisticamente previstas na lei, como ocorre na regulação da responsabilidade civil por culpa; c) e, por fim, de tipo extensivo, caso em que servem para ampliar uma determinada regulação jurídica mediante a expressa possibilidade de serem introduzidos, na regulação da causa, princípios e regras próprios de outros textos normativos. É o exemplo do art. 7º do Código do Consumidor e o § 2º do art. 5º da CF, que reenviam o aplicador da lei a outros conjuntos normativos, tais como acordos e tratados internacionais e diversa legislação ordinária.” MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção” – as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 87, v. 753, p. 31, jul. 1998.

¹⁵⁶ TJSP. Ap. Cível 068.744-4/7. 3ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani. Dj. 26/01/1999. SÃO PAULO. (Estado). *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*. São Paulo, 2017. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/>>. Acesso em: 2017.

tribunais. A esse respeito, Claus-Wilhelm Canaris¹⁵⁷ aduz ser uma característica da cláusula geral a necessidade de preenchimento com valorações, ou seja, os critérios necessários para a sua concretização serão determinados fundamentalmente, com a consideração do caso concreto.

Em razão de tais elementos, é possível afirmar que as cláusulas gerais são normas em que se explicitam princípios jurídicos, visto que têm maior potencial de abrangência do que as normas jurídicas de estrutura tradicional, mediante a adoção dos chamados conceitos indeterminados. Dessa forma, as condutas relativas a princípios não derivam diretamente deles, mas das normas que o incorporam, sendo este o caso das cláusulas gerais.¹⁵⁸

É inegável, portanto, que há uma grande proximidade entre as noções de cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados. Apesar disso, é certo que existem mesmo que sutilmente, diferenças entre tais elementos, as quais serão demonstradas, de maneira a proporcionar uma melhor noção do objeto em estudo.

2.2 Os conceitos legais indeterminados e as suas relações com as cláusulas gerais.

Superadas as exposições atinentes às cláusulas gerais, cumpre agora destacar os elementos de relação entre as cláusulas gerais e os conceitos indeterminados¹⁵⁹, também chamados de conceitos jurídicos ou legais indeterminados, que constituem outro mecanismo de atualização do direito, sempre relacionado de alguma forma com a hipótese trazida para apreciação pelo juiz e assim como as cláusulas gerais, ampliam os horizontes de significados, pois conferem ao julgador certa autonomia em face da lei.

Os conceitos legais indeterminados se caracterizam pela ausência de limites precisos, de forma que não delimitam a realidade a que se referem, sendo muito próximos

¹⁵⁷ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Trad. de Antonio da Rocha Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 142.

¹⁵⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Uma reflexão sobre as cláusulas gerais do código civil de 2002 – a função social do contrato. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 94, v. 831, p. 60, jan. 2005.

¹⁵⁹ A denominação “conceito indeterminado” é fruto da tradução literal de *Unbestimmte Begriff*, expressão de origem germânica. O adjetivo “indeterminado”, associado ao substantivo “conceito” sofreu críticas de muitos juristas, por não se tratar de conceito jurídico indeterminado, mas sim de termo indeterminado. Nesse sentido, cabe trazer à lume as considerações de Eros Grau: “Essa indeterminação, todavia, não é dos conceitos, mas sim de suas expressões (isto é, de seus termos). Daí porque, de modo correto, cumpriria referirmos conceitos cujos termos são indeterminados e não conceitos indeterminados (a última expressão só permanece sob o uso da inércia ou por impulso à economia das palavras). Pois é certo – insisto nisso que se o conceito é indeterminado, não é conceito.” GRAU, Eros Roberto. **Direito, conceitos e normas jurídicas**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1988. p. 71. No mesmo sentido Cf: Id. Poder discricionário. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 93, p. 43, jan./mar. 1990; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 2001. p. 97; GOES, Gisele Santos Fernandes. Termos jurídicos indeterminados: interpretação ou discricionariedade judicial? ênfase nos princípios jurídicos. In: LOTUFO, Renan (Org.). **Sistema e tópica na interpretação do ordenamento**. Barueri: Manole, 2006. p. 85.

conceitualmente das cláusulas gerais, como se observa nas considerações de Nelson Nery e Rosa Nery:

Cláusulas gerais. Definição. Com significação paralela aos conceitos legais indeterminados, as cláusulas gerais (*Generalklauseln*) são normas orientadoras sob forma de diretrizes, dirigidas precipuamente ao juiz, vinculando-o ao mesmo tempo em que lhe dão liberdade para decidir [...]. As cláusulas gerais são formulações contidas em lei, de caráter significativamente genérico e abstrato [...], cujos valores devem ser preenchidos pelo juiz, autorizado para assim agir em decorrência da formulação legal da própria cláusula geral, que tem natureza de diretriz [...]. Distinguem-se dos conceitos legais indeterminados pela finalidade e eficácia, pois aqueles, uma vez diagnosticados pelo juiz no caso concreto, já têm sua solução preestabelecida na lei, cabendo ao juiz aplicar referida solução. Estas, ao contrário, se diagnosticadas pelo juiz, permitem-lhe preencher os claros com os valores designados para aquele caso, para que se lhe dê a solução que ao juiz parecer mais correta, ou seja, concretizando os princípios gerais de direito e dando aos conceitos legais indeterminados uma determinabilidade pela função que têm de exercer naquele caso concreto.¹⁶⁰

Por conseguinte, os conceitos legais indeterminados, podem ser vislumbrados a partir de uma estrutura interna, representada por um círculo de certeza de tamanho pequeno; um círculo um pouco maior que este, chamado de “zona de penumbra” (*Begriffshof*) e outro círculo ainda maior, que seria uma zona de certeza, porém negativa.

Essa imagem com três círculos concêntricos admite uma área central, na qual a certeza seria positiva, representada como núcleo do conceito, “algo que é” (*Begriffskern*) e, no último círculo do conceito, haveria uma certeza negativa, “algo que certamente não é”.

Nesse contexto, a incerteza dos conceitos se situa na região periférica dos círculos mencionados, mas a sua variação se dá de acordo com a extensão da referida parcela periférica. Assim, para Teresa Wambier¹⁶¹, a diferença entre conceito indeterminado e determinado é de natureza quantitativa.

Acerca dos conceitos indeterminados, e complementando a ideia já desenvolvida, Menezes Cordeiro¹⁶² afirma que tal característica ocorre sempre que um conceito não permita comunicações claras quanto ao seu conteúdo, por polissemia, vaguidade, ambiguidade, porosidade ou esvaziamento: polissemia, com a multiplicidade de sentidos; vaguidade, com uma informação de larga extensão e compreensão escassa; ambiguidade, quando se reporta a mais de um dos elementos integrados na proporção em que o conceito se insere; porosidade,

¹⁶⁰ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Novo código civil e legislação extravagante anotados**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 6.

¹⁶¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Uma reflexão sobre as cláusulas gerais do código civil de 2002 – a função social do contrato. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 94, v. 831, p. 61, jan. 2005.

¹⁶² CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 1176-1177.

quando ocorre uma evolução semântica em todo o percurso em que o sentido do termo se encontre; e esvaziamento, quando faltar qualquer sentido útil.

A doutrina, de forma geral, reconhece a sua utilidade, haja vista que sua fluidez adéqua os padrões normativos aos valores subjacentes da sociedade, como por exemplo, o conceito de dignidade da pessoa humana explicada com clareza por Emerson Garcia:

A indeterminação inerente à noção de dignidade da pessoa humana resulta, claramente, da necessidade de integração por um juízo de valor, temporal e espacialmente localizado, primordialmente realizado à luz da situação concreta. A exclusão de um raciocínio subsuntivo e a exigência de contínua concretização do padrão normativo, além de permitirem a adequação da norma aos influxos sociais, impedem que a noção de dignidade seja atribuída um conceito atemporal e indiferente ao seu espaço de aplicação.¹⁶³

Assim, considerando o que foi analisado a respeito dos elementos característicos das cláusulas gerais, é possível afirmar que ambos têm em comum o fato de pertencerem ao campo dos conceitos de equidade ou, em outras palavras, que ambos estão situados na esfera do direito lato¹⁶⁴.

Nesse aspecto, Karl Engisch¹⁶⁵ sustenta que, da perspectiva metodológica, as cláusulas gerais não possuem qualquer estrutura própria, visto que não exigem processos de pensamento diferentes daqueles que são exigidos pelos conceitos legais indeterminados, bem como pelos normativos e discricionários.

Por essa razão, para o referido professor, o verdadeiro significado das cláusulas gerais está no fato de que residem no domínio da técnica legislativa em decorrência de sua generalidade, tornando possível sujeitar um maior número de situações, de maneira a preencher lacunas com possibilidade de ajustamento a uma consequência jurídica.¹⁶⁶

Também pressupondo que a diferença entre os referidos institutos se situa no plano funcional, Judith Martins-Costa pondera que, na aplicação da cláusula geral, o juiz tem maior

¹⁶³ GARCIA, Emerson. Dignidade da pessoa humana: referenciais metodológicos e regime jurídico. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 719, 24 jun. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6919>>. Acesso em: 18 maio 2017.

¹⁶⁴ Os conceitos jurídicos indeterminados também podem ser descritivos, para designar patrimônio, cobrança, ou normativos, tais como justa causa, boa-fé. Nesse sentido, Cf: ENGISCH, Karl **Introdução ao pensamento jurídico**. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008. p. 210. Os conceitos normativos por sua vez exigem valoração. A título de exemplo, a dignidade da pessoa humana, além de conceito normativo, é axiológico visto que a dignidade humana é valor, vislumbrada como a expressão do valor da pessoa humana. Para Antonio Junqueira de Azevedo, todo valor “[...] é a projeção de um bem para alguém; no caso, a pessoa humana é o bem e a dignidade, o seu valor, isto é, a sua projeção.” AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 91, n. 797, p. 12, mar. 2002.

¹⁶⁵ ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 10. ed. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008. p. 233.

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 233-234.

discrecionalidade para exercitar seu poder criativo, uma vez que em razão da vagueza semântica que é inerente ao conceito legal indeterminado, o juiz, ao aplicá-lo, deve realizar a subsunção do caso concreto posto em apreciação, vale dizer, interpretaria para subsumir o fato, como se observa em sua lição:

Os conceitos indeterminados podem se reportar tanto a realidades valorativas quanto a realidades fáticas. Por sua vaguidade e ambiguidade são muitas vezes polissêmicos, daí permitindo razoável dose de liberdade por parte do aplicador da lei no momento de sua aplicação. Ocorre que tais conceitos integram, sempre, a descrição do “fato” que a norma pretende abranger. Embora permitam, por sua fluidez, uma abertura às mudanças de valoração, a verdade é que, por integrarem a descrição do fato, a liberdade do aplicador se exaure na fixação da premissa. Assim, “uma vez estabelecida *in concreto*, a coincidência ou a não coincidência entre o acontecimento real e o modelo normativo, a solução estará, por assim dizer, preterdeterminada”.¹⁶⁷

Logo, tanto nas cláusulas gerais como nos conceitos indeterminados, haverá, por parte do juiz, uma atividade valorativa, visto que ambos os institutos se prestam a fugir da enumeração casuística.

No entanto, em se tratando de conceitos indeterminados, o grau de generalidade e abrangência revela-se menor do que nas cláusulas gerais, isto porque, na esfera dos conceitos indeterminados, a subsunção do fato à hipótese legal é necessária, ao passo que, na aplicação das cláusulas gerais, ocorre verdadeira criação por parte do juiz, ao invés de mera subsunção, mediante atividade de concreção.

Tal entendimento se verifica nas considerações tecidas por Judith Martins-Costa¹⁶⁸, a qual aduz que, nos conceitos indeterminados, o juiz se limita a reportar ao caso concreto o elemento vago indicado na *fatispécie*, devendo individualizar os confins da hipótese abstratamente posta, cujos efeitos já foram predeterminados legislativamente, enquanto que, na cláusula geral, a operação intelectual do juiz é mais complexa.

Para tanto, a referida professora explica que o juiz deverá examinar, além da possibilidade de subsunção de uma série de casos-limite na *fatispécie*, a exata individualização das mutáveis regras sociais às quais o envia a metanorma jurídica, devendo, por fim, determinar também quais são os efeitos incidentes no caso concreto ou, se estes já vierem indicados, qual a graduação que lhes será atribuída no caso concreto, à vista das possíveis soluções existentes.

¹⁶⁷ MARTINS-COSTA, Judith. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 81, v. 680, p. 51, jun. 1992.

¹⁶⁸ Id. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. p. 326.

Pode-se admitir, então, que, no momento no qual o juiz preenche o conceito indeterminado, essa indeterminação se perde e se transforma em “conceito determinado pela função”, através da valoração do conceito, aplicando, como consectário, as cláusulas gerais.

Como se pode observar, os conceitos legais indeterminados se diferenciam das cláusulas gerais, haja vista que, quando estes são constatados pelo magistrado, a norma de certa forma induz a solução do caso concreto, enquanto naquelas o juiz exerce o poder de concretizar, criar uma solução própria para a situação, atribuindo valores e instrumentalizando o que era abstrato.

Com efeito, assim resta demonstrada a importância da interpretação na aplicação das cláusulas gerais e dos conceitos legais indeterminados, dada a sua vagueza semântica e pelo fato de serem técnicas legislativas criadas para estabelecer comunicação entre o Código Civil, a Constituição Federal, os demais microssistemas jurídicos e, em especial, a recepção dos valores da sociedade, conforme a sua evolução naquele determinado tempo.

Para cabo e fecho, nota-se que o tema exige uma extensa dilação de análise, muito além da qual foi ventilada neste capítulo, o qual, considerando o seu caráter conciso e os objetivos principais da pesquisa, não teria condições de esgotá-lo.

O estudo das cláusulas gerais e dos conceitos legais indeterminados na seara das relações contratuais acaba por tangenciar vários ramos do direito, bem como seus aspectos de abordagem, como se observa nas obras de metodologia da ciência do direito, teoria geral e filosofia do direito, que revelam que tais institutos ultrapassam a simplicidade do direito privado, repercutindo na própria essência da ciência jurídica atual.

Como verdadeira técnica legislativa que é, a inserção das cláusulas gerais e dos conceitos legais indeterminados no sistema jurídico pátrio viabilizou o surgimento de uma nova era da dogmática jurídica, por meio da qual foram incorporados elementos que permitem a operacionalização do sistema positivado em contrapartida ao modelo clássico, que se revelou insuficiente para a solução dos problemas sociais hodiernos.

Todavia, não se pode olvidar do paradoxo gerado pelas cláusulas gerais e pelos conceitos legais indeterminados, pois, se por um lado eles conferem um amplo poder de apreciação e decisão nas mãos do magistrado, o que poderia ser visto como um fator de insegurança jurídica, por outro, permitem uma aplicação do direito voltado à realidade social e consequentemente com a justiça.

Não obstante ser válido cogitar a problemática inerente à adoção das cláusulas gerais e dos conceitos legais indeterminados, é essencial que o juiz, ao aplicar os referidos institutos no caso concreto, fundamente e justifique cabalmente os critérios utilizados, bem como os

elementos que o conduziram à tal conclusão, justamente para que se impeçam as altas cargas de subjetivismo, arbítrio ou interferências abusivas no deslinde das circunstâncias fáticas.

Ao contrário do que possam parecer, as cláusulas gerais e os conceitos legais indeterminados são instrumentos que, apesar de terem longa data, são efetivamente modernos, visto que respondem às necessidades de uma sociedade complexa, marcada pelas relações diversificadas e setorializadas, bem como têm o condão de perdurar pelo tempo, promovendo a segurança jurídica e evitando um aumento descontrolado da produção legislativa, revelando-se, portanto, tão imortais quanto o próprio direito.

Portanto, mais importante do que a redação dos textos e a construção das normas, está o objetivo de “vivificar” o ordenamento, para, assim, torná-lo plenamente concreto e real.

No próximo capítulo, será demonstrada a influência das cláusulas gerais e dos conceitos legais indeterminados nos princípios do direito contratual, principalmente pela revisão da função social do contrato.

CAPÍTULO 3 PRINCÍPIOS DO DIREITO CONTRATUAL E A REVISITAÇÃO PELA FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS

O direito reflete o contexto de sua época, ou, ao menos, da força dominante de um tempo. É inegável que os contratos serviram e ainda servem como forma de circulação de riquezas, da mesma forma que serviram e ainda servem a quem controla a riqueza.

O contrato é um dos institutos¹⁶⁹ mais antigos na história da humanidade e passou por profundas transformações¹⁷⁰ desenvolvendo-se de diversas formas, adquirindo fundamental importância na existência dos negócios, sendo considerado instrumento indispensável à circulação de bens e riquezas.¹⁷¹

O contrato constitui um dos elementos mais comuns do cotidiano das pessoas, em todas as épocas. Humberto Theodoro Júnior¹⁷² sustenta que é impossível sobreviver no meio social sem se praticar diariamente uma série de contratos. Na vida em sociedade, as pessoas constantemente se socorrem das relações contratuais para a satisfação de suas necessidades e desejos, para adquirir e utilizar os bens da vida e serviços. Assim, o contrato é onipresente na vida de cada pessoa.

¹⁶⁹ João Baptista Machado afirma que o contrato não encontra proeminência apenas na área da dogmática jurídica, alcançando o status de instituto jurídico, mas sim, com base nas suas origens sociológicas, o de instituição, por ser figura social e pré-jurídica que antecede o Direito positivado. Não foi o Direito que criou a instituição econômica do contrato, ter a ele conferido este nome (contrato) e suas adjacências jurídicas. Para o referido autor, o contrato é instituição jurídica: I - Na linguagem corrente - Instituição designa ao mesmo tempo a ação e o efeito de instituir, sendo que instituir significa introduzir, fundar, ordenar, construir e estabelecer qualquer coisa de estável e durável [...]. Muitas vezes, sobretudo na linguagem jurídica, utiliza-se a palavra instituição para designar complexos normativos que se reúnem à volta de princípios comuns e regulamentam um determinado tipo de relações sociais (ou um determinado fenômeno social); ou, então, para designar a realidade social que está na base de tais relações (o próprio fenômeno disciplinado pelas ditas normas) [...] A palavra instituto também serve para designar, os locais ou centros onde determinadas atividades se processam por uma forma organizada [...] ao seu turno, as instituições da esfera econômica que regulam a produção, distribuição e consumo de bens e serviços dentro da sociedade. MACHADO, João Baptista. **Introdução ao direito e ao discurso legitimador**. Coimbra: Almedina, 1990, p. 14-19.

¹⁷⁰ Para Inocêncio Galvão Telles, a principal lição que pode ser colhida da história dos contratos é o conhecimento das suas transformações através das vicissitudes seculares, bem como a sua permanente vitalidade, como dócil instrumento que ora se amplia ou se restringe, se enfraquece ou se revigora sempre para satisfazer as necessidades fundamentais do homem na vida em sociedade. TELLES, Inocêncio Galvão. **Manual dos contratos em geral**. 3. ed. Lisboa: Lex, 1995. p. 65.

¹⁷¹ Os professores Rodolfo César Milano e Nazir David Milano Filho destacam que o contrato surge como um instituto capaz de servir a todos os tipos de relações entre quaisquer pessoas e sujeitos de direito, independentemente de sua posição ou condição social. MILANO, Rodolfo César; MILANO FILHO, Nazir David. Princípios contratuais à luz da Constituição Federal. **Revista da Faculdade de Direito de Guarulhos**, Guarulhos, ano 3, n. 5, p. 109, jun./dez. 2001..

¹⁷² THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e seus princípios**. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1999. p. 11.

No direito brasileiro, pode-se dizer que o contrato sofreu nos últimos quinze anos uma verdadeira transformação¹⁷³ institucional, principalmente a partir da vigência do Código Civil de 2002 e do Código de Defesa do Consumidor.

De uma antiga estruturação fundada no *pacta sunt servanda*, com uma base eminentemente romanista e de cunho exclusivamente individual, que se adequava ao ideário político do liberalismo econômico, passou a ter um desenvolvimento preocupado com o bem estar e a segurança social, incumbindo ao Estado realizar essa prática a qual se chamou dirigismo contratual.

Foram incorporadas razões de justiça e equidade com o escopo de determinar a intervenção do Estado nas relações contratuais. Trata-se da inserção no ordenamento jurídico, de normas com o condão de delimitar os assuntos sobre os quais se pode contratar e quais limites se pode dispor de determinados direitos, bem como quais cláusulas serão consideradas abusivas ou nulas.

A esse respeito, cabe trazer à colação a lição de Eros Roberto Grau:

A mudança de perspectiva sobre a compreensão da autonomia da vontade é, portanto, profunda: deixa-se de considerar o indivíduo como senhor absoluto da sua vontade, para compreendê-lo como sujeito autorizado pelo ordenamento a praticar determinados atos, nos exatos limites da autorização concedida.¹⁷⁴

A moderna teoria geral do contrato abandonou as relações jurídicas individuais e começou a atender o contratante como integrante de um todo social. Por sua vez, as cláusulas deixaram de ser criação apenas dos contratantes e passaram a ser criadas pelo legislador em consonância com a norma cogente e com preceitos públicos. A autonomia da vontade contratual, gradativamente foi se tornando funcional, no sentido de viabilizar as relações entre as pessoas.

O contrato não é, e nem pode ser, uma categoria abstrata e universalizante, de atos inalteráveis, visto que a reestruturação social é constante. Seu conteúdo conceitual transforma-se seguindo as mudanças de valores da sociedade.

¹⁷³ Sobre a transformação do direito contratual, San Tiago Dantas menciona duas causas que influenciaram a evolução da teoria dos contratos, sendo a primeira o sentido solidarista, que prepondera na política contemporânea dos Estados Democráticos, e a segunda como sendo a crescente intervenção do Estado nas relações econômicas. DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *Evolução contemporânea do direito contratual*. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Doutrinas essenciais: obrigações e contratos: contratos: princípios e limites**. v. 3. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 412.

¹⁷⁴ GRAU, Eros Roberto. Um novo paradigma dos contratos. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 5, p. 78, jan./mar. 2001.

Assim, a partir da ideologia liberal, forma-se o que é denominado modelo clássico de contrato, fundado na ampla liberdade de contratação e na subordinação absoluta aos termos ajustados.¹⁷⁵

A Revolução Industrial não representou apenas uma forma inédita de meios de produção de bens, mas foi também a idealizadora de uma imensa modificação na concepção do contrato.

Paulo Luiz Netto Lôbo¹⁷⁶ aduz que não seria mais possível aceitar um modelo contratual formalmente igualitário e exclusivamente de ordem privada, devendo ser abarcada em seu conteúdo a interferência estatal necessária à manutenção do equilíbrio social, sobrepondo-se ao interesse coletivo até então respeitado como unicamente privado.

Dessa forma, verifica-se que o equilíbrio das relações contratuais deve prevalecer, mantendo-se o contrato como ato de autonomia privada, entretanto com limites a serem fixados, visto que a nova concepção social do contrato impõe que a vontade das partes não seja a única fonte das obrigações.

O princípio da autonomia da vontade passa então a ter seus efeitos relativizados devido ao novo formato da ordem social, buscando harmonizar os interesses contidos na relação contratual e as normas que valorizam a vontade. Dessa forma, os princípios contratuais clássicos adquirem uma função fundamental, qual seja garantir a equidade.

Diante disso, para compreensão do tema objeto do presente estudo, é necessário abordar a evolução do direito contratual, evidenciando que o modelo concebido pelo Estado liberal, calcado na autonomia da vontade, que subentendia a igualdade formal entre as partes não mais se adequa ao contexto atual dos negócios jurídicos, vez que hoje a leitura que se confere ao contrato não pode ser a mesma, o que demanda do intérprete uma revisão conceitual e principiológica.

Para se demonstrar isso, explana-se no decorrer deste capítulo a evolução da teoria clássica dos contratos fundada no liberalismo, evidenciando seu desenvolvimento até sua crise. Chega-se à denominada moderna teoria contratual, que altera o perfil do negócio jurídico, por meio de uma nova análise dos princípios contratuais clássicos, os quais serão estudados posteriormente.

¹⁷⁵ Ricardo Aronne entende por clássico a base da fundamentação científica dogmática que conformou o Direito Civil a partir do século XIX, chamada de civilística clássica. Tal vertente construiu um Direito Civil codificado, fechado, a partir de uma pirâmide abstrata de conceitos dos quais derivam as regras positivadas, visando à proteção de três pilares básicos, quais sejam o contrato, a titularidade e a família, com a formulação de uma teoria própria para o Direito Civil, preponderante sobre as demais áreas do conhecimento jurídico. ARONNE, Ricardo. **Por uma nova hermenêutica dos direitos reais limitados**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 9.

¹⁷⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **O contrato: exigência e concepções atuais**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 27.

3.1 Os princípios do direito contratual

Superada a apresentação das bases do direito contratual, que foram se amoldando de acordo com o contexto da realidade social, passa-se ao estudo dos princípios regentes deste instituto. Inicialmente, cumpre destacar a localização dos princípios no sistema jurídico, visto que os princípios estão acima das regras, fazendo-se necessário compreendê-los em nível superior àquelas.

A investigação dos princípios contratuais é indispensável para a compreensão da lógica do ordenamento jurídico, uma vez que os princípios influem diretamente nas relações do Direito com a sociedade. Tais concepções figuram como postulado que os juristas irão ter por base, bem como estabelecer as diretrizes para que a progressão científica do direito acompanhe e atenda às necessidades sociais.¹⁷⁷

Desse modo, a existência e os estudos sobre a aplicação dos princípios contratuais reforçam a importância que o contrato tem na sociedade, além de definir a socialização do direito contratual na modernidade, já que os princípios de certa forma implicam um dever ser.

Inicialmente, cumpre destacar que o termo princípio é utilizado em quase todos os campos do saber humano,¹⁷⁸ mantendo-se sempre um sentido comum, conforme aduz Ruy Samuel Espíndola:

[...] seja lá qual for o campo do saber que se tenha em mente, designa a estruturação de um sistema de idéias, pensamentos ou normas por uma idéia mestra, por um pensamento chave, por uma baliza normativa, donde todas as demais idéias, pensamentos ou normas derivam, se reconduzem e/ou se subordinam.¹⁷⁹

É importante frisar que cada instituto apresenta peculiaridades em relação aos princípios que o norteiam.¹⁸⁰ Ao moldarem as normas, por decorrência da lógica jurídica, naturalmente serão abrangentes em relação às especificidades de cada instituto. Por

¹⁷⁷ [...] a visão forte dos princípios jurídicos afasta a precedência hierárquica das regras, abrindo novas possibilidades de ajustar a solução normativa ao caso concreto. Por isso mesmo, seja na função normativa, seja na função hermenêutica, os princípios fundantes do Direito Civil devem ser enfrentados, na busca de uma nova visão desse ramo da Ciência Dogmática do Direito. LIMA, Taisa Maria Macena de. *Princípios fundantes do direito civil atual*. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito civil: atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey: 2003. p. 257.

¹⁷⁸ Partindo do aspecto lógico, Miguel Reale afirma que os princípios são “verdades fundantes” de um sistema de conhecimento, admitidas por serem evidentes, por terem sido comprovadas ou por motivos de ordem prática ou operacional. REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 303.

¹⁷⁹ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p. 47.

¹⁸⁰ O professor Willis Santiago Guerra Filho ao lecionar sobre a localização dos princípios explica: “Princípios, por sua vez, encontram-se em nível superior de abstração, sendo igual e hierarquicamente superiores, dentro da compreensão do ordenamento jurídico como uma pirâmide normativa (Stufenbau), e se eles não permitem uma subsunção direta de fatos, isso se dá indiretamente, colocando regras sob o seu raio de abrangência.” GUERRA FILHO, Willis Santiago. **A filosofia do direito: aplicada ao direito processual e à teoria da constituição**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 92.

consequente, dada a necessidade de esclarecer a diferença entre princípios e regras, é oportuna a análise feita pelo professor Humberto Ávila:

Os estudos de direito público, especialmente de direito constitucional, lograram avanços significativos no que se refere à interpretação e à aplicação das normas constitucionais. Hoje, mais do que ontem, importa construir o sentido e delimitar a função daquelas normas que, sobre prescreverem fins a serem atingidos, servem de fundamento para a aplicação do ordenamento constitucional - os princípios jurídicos. É até mesmo plausível afirmar que a doutrina constitucional vive, hoje, a euforia do que se convencionou chamar de Estado Principiológico. Importa ressaltar, no entanto, que notáveis exceções confirmam a regra de que a euforia do novo terminou por acarretar alguns exageros e problemas teóricos que têm inibido a própria efetividade do ordenamento jurídico. Trata-se, em especial e paradoxalmente, da efetividade de elementos chamados de fundamentais - os princípios jurídicos. Nesse quadro, algumas questões causam perplexidade. A primeira delas é a própria distinção entre princípios e regras. De um lado, as distinções que separam os princípios das regras em virtude da estrutura e dos modos de aplicação e de colisão entendem como necessárias qualidades que são meramente contingentes nas referidas espécies normativas. Ainda mais, essas distinções exaltam a importância dos princípios - o que termina por apegar a função das regras. De outro lado, tais distinções têm atribuído aos princípios a condição de normas que, por serem relacionadas a valores que demandam apreciações subjetivas do aplicador, não são capazes de investigação intersubjetivamente controlável. Como resultado disso, a imprescindível descoberta dos comportamentos a serem adotados para a concretização dos princípios cede lugar a uma investigação circunscrita à mera proclamação, por vezes desesperada e inconsequente, de sua importância. Os princípios são reverenciados como bases ou pilares do ordenamento jurídico sem que a essa veneração sejam agregados elementos que permitam melhor compreendê-los e aplicá-los.¹⁸¹

Antes de adentrar na conceituação de princípios jurídicos, é necessário ressaltar que os princípios também refletem o período histórico em que estão inseridos, ou seja, princípios em épocas distintas podem não apresentar o mesmo significado, visto que podem sofrer alterações. Isso é o que ocorreu e vem ocorrendo com os princípios norteadores do contrato.

Etimologicamente, observa-se que a expressão princípio jurídico consiste numa expressão polissêmica.

Genaro Rubén Carrió¹⁸² assinala que o conceito de princípio possui, pelo menos, sete significações, sendo elas a ideia de propriedade fundamental, núcleo básico, fonte geradora, causa ou origem; finalidade, objetivo, propósito ou meta; premissa, inalterável ponto para o raciocínio, axioma, verdade teórica postulada como evidente, essência, propriedade definitiva, regra prática de conteúdo evidente, verdade ética inquestionável; e com as ideias de máxima, aforismo, provérbio.

¹⁸¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 23-24.

¹⁸² CARRÍO, Genaro Rubén. **Notas sobre derecho y lenguaje**. 4. ed. Buenos Aires: Editora Abeledo Perrot, 1990. p. 209-210.

Por seu turno, Karl Larenz¹⁸³ aduz que os princípios jurídicos são os pensamentos diretores de uma regulação jurídica existente ou possível, não constituindo, por si mesmos, regras suscetíveis de aplicação, embora potencialmente possam se transformar em regras jurídicas, por via de interpretação.

Para Elimar Szaniawski¹⁸⁴, princípios jurídicos são ideias jurídicas gerais, que possibilitam considerar uma regulamentação ou norma criada pela referência a essa ideia de Direito ou a valores jurídicos que se identificam com esses princípios, ao menos em parte, comparando-se com os próprios valores jurídicos.

A vinculação do entendimento e aplicação dos princípios jurídicos às normas jurídicas é extremamente relevante. Luis Alberto Warat¹⁸⁵ salienta que os princípios jurídicos apresentavam, por um determinado momento, um *status* jurídico inferior às regras jurídicas, o que lhes atribuía uma mínima incidência nos casos concretos, ou seja, não traziam em seu conteúdo a normatividade.

Atualmente, essa situação não mais se verifica. André Franco Montoro¹⁸⁶ pondera que os princípios são elementos comuns, cuja estrutura não é apenas formal, pois contêm exigências positivas, oriundas da dignidade e da natureza social da pessoa humana, na qual a ideia de justiça repousa em sua acepção mais ampla, estando presente nas bases de todas as instituições jurídicas.

Complementando esse raciocínio, Norberto Bobbio¹⁸⁷ ensina que os princípios jurídicos, da mesma forma que as regras jurídicas, são espécies do gênero norma jurídica, entretanto o alcance do seu elemento normativo é maior em função dos critérios de distinção em relação à regra jurídica.¹⁸⁸

¹⁸³ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012. p. 166; LARENZ, Karl. **Derecho justo: fundamentos de ética jurídica**. Trad. Luís Díez-Picazo. – Madrid: Civitas, 1985. p. 32.

¹⁸⁴ SZANIAWSKI, Elimar. Apontamentos sobre o princípio da proporcionalidade-igualdade. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, ano 2, v. 5, p. 52, jan./mar. 2001.

¹⁸⁵ O referido professor atribui a incapacidade instrumental-prática dos princípios jurídicos à formação positivista-legalista responsável pela formação do senso comum teórico de boa parte dos juristas. WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1994. v. 1. p. 14.

¹⁸⁶ MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. 28. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009. p. 413-414.

¹⁸⁷ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília, DF: Ed. UnB, 1999. p. 158.

¹⁸⁸ José Joaquim Gomes Canotilho sustenta que os princípios possuem um alto grau de abstração, exigindo uma participação maior do intérprete, pois são formulados de forma genérica, cujos conceitos são intencionalmente vagos e indeterminados. Os princípios trazem o caráter da fundamentalidade, uma vez que inauguram o sistema das fontes do Direito e estabelecem a natureza do sistema jurídico. Os princípios são ‘*standards*’ juridicamente vinculantes, fundados na ideia de Direito e de justiça. Segundo o autor, os princípios possuem natureza normogética, isto é, a partir deles é que possível compreender e interpretar o ordenamento jurídico. Como já demonstrado, os princípios direcionam os valores do legislador, no entanto, no caso concreto o intérprete e o aplicador devem ponderar a situação para a adequada aplicação do princípio. Para Canotilho, o

Nesse diapasão, Robert Alexy¹⁸⁹ sustenta que os princípios podem ser concebidos como juízos concretos de dever ser, pois constituem “razões *prima facie*” ou razões para normas. Para ele, a diferença entre princípios e regras reside no fato de os princípios trazerem ao bojo do sistema jurídico condições para sua otimização, ou seja, atuam dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes, ao passo que as regras podem ser cumpridas ou não, por serem apenas determinações.

Outra diferença que, segundo o autor, revela-se claramente é o fato de que os princípios se colidem e as regras se conflitam. De acordo com Alexy¹⁹⁰, o conflito de regras somente é resolvido quando uma das regras retira a outra do sistema, através de uma cláusula de exceção, que declara inválida a outra regra. Ou seja, se há um conflito de regras, uma delas será inválida.

Em se tratando de princípios, a colisão entre eles é resolvida pela ponderação, primando aquele que tem maior peso. Na colisão de princípios não existem regras de invalidez, devendo um princípio ceder em razão do outro, ou seja, há uma dimensão de peso, não de validade.¹⁹¹

sistema jurídico “é um sistema normativo aberto de regras e princípios”, pois as normas do sistema tanto podem apresentar-se como princípios sob a forma de regras. A distinção entre regras e princípios é uma tarefa particularmente complexa, por isso, o autor sugere alguns critérios para efetuar-se tal distinção, sendo eles o grau de abstracção, o grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto, o carácter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito, a proximidade da ideia de direito e a natureza normogenética. Sintaticamente, os princípios têm idêntica estrutura das demais unidades do sistema. Ou seja, o princípio jurídico é norma hierarquicamente superior às regras, visto que determina o sentido e o alcance destas, sob pena de pôr em risco a globalidade do ordenamento jurídico. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 1123-1125.

¹⁸⁹ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993. p. 98-99. Nesse sentido, José de Oliveira Ascensão traz algumas reflexões que equacionam o que vem a ser a regra jurídica. Para ele, toda regra é necessariamente um critério, o qual ordena e aprecia os fenômenos da vida. Dessa forma, a regra jurídica pode ser considerada um critério de apreciação, de conduta ou de decisão. O autor prossegue explicando que são através desses critérios que as regras pautarão as condutas humanas, cabendo ao intérprete deduzir em quais casos elas se aplicam. ASCENSÃO, José de Oliveira. **O direito: introdução e teoria geral**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978. p. 181.

¹⁹⁰ Ibid., p. 87-88.

¹⁹¹ Em se tratando da importância de cada princípio quanto ao seu peso, Ronald Dworkin aponta que essa é uma das primeiras diferenças entre princípios e regras ao aduzir: “*Principles have a dimension that rules do not – the dimension of weight or importance. When principles intersect (the policy of protecting automobile consumers intersecting with principles of freedom of contract, for example), one who must resolve the conflict has to take into account the relative weight of each. This cannot be, of course, an exact measurement, and the judgement that a particular principle or policy is more important than another will often be a controversial one. Nevertheless, it is an integral part of the concept of a principle that it has this dimension, that it makes sense to ask how important or how weighty it is. Rules do not have this dimension. We can speak of rules as being functionally important or unimportant [...]. In this sense, one legal rule may be more important than another because it has a greater or more important role in regulating behavior. But we cannot say that one rule is more important than another within the system of rules, so that when two rules conflict one supersedes the other by virtue of its greater weight.*” DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977. p. 26-27.

Na interpretação e aplicação dos princípios, são levados em consideração os valores seguidos pelo conteúdo normativo que os presume, ao passo que o conflito entre regras é decidido no plano da validade ou invalidade. Na colisão entre princípios, a solução se dá no nível da ponderação sobre o que cada um impregna em seu conteúdo para a solução do caso concreto.¹⁹²

No campo da prática jurídica, verifica-se que os princípios são livremente determinados, o que viabiliza ao legislador acolher no sistema normativo que está sendo construído os princípios que irão norteá-lo.¹⁹³

Nesse sentido é o entendimento de Eros Roberto Grau: “Isso significa que, em cada caso, ornar-se diversos jogos de princípios, de sorte que diversas soluções e decisões, em diversos casos, podem ser alcançadas, umas privilegiando a decisividade de certo princípio, outras a recusando.”¹⁹⁴

Partindo-se desse raciocínio, verifica-se que os princípios têm o condão de fundamentar validamente de maneira inversa determinadas situações, o que os difere das regras que possuem apenas natureza específica, taxativa e refletem os princípios das quais derivam, além de estarem conciliadas e em conformidade com os princípios, visto que seria ilógico afirmar o oposto.

A enunciação dos princípios tem uma primeira utilidade evidente, qual seja ajudar no conhecimento das regras. Para obter o domínio de qualquer sistema jurídico, é preciso

¹⁹² “La solución de la colisión consiste más bien en que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se establece entre los principios una relación de precedencia condicionada. La determinación de la relación de precedencia condicionada consiste en que, tomando en cuenta el caso, se indican las condiciones bajo las cuales un principio precede al otro. Bajo otras condiciones, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada inversamente.” ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993. p. 89-90.

¹⁹³ Nesse sentido, Paulo Bonavides, ao reconhecer a normatividade do princípio jurídico, o caracteriza como norma ao ponderar: “Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõe, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam e, portanto, resumem, potencialmente o conteúdo: sejam [...] estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém.” BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 230.

¹⁹⁴ Segundo Eros Grau, para o Direito, visto como ordem jurídica, os princípios jurídicos podem assumir dois sentidos, sendo princípios positivos do Direito e princípios gerais do Direito. Os princípios são como axiomas normativos, cujo valor segue a ideia de validade ou invalidade, vigência e eficácia. Já os princípios gerais do Direito são proposições descritivas, pelas quais os juristas se referem ao conteúdo e as tendências do direito positivo sinteticamente, ou seja, tratam-se enunciados não normativos. O referido autor afirma que os princípios gerais do Direito são comumente utilizados pela jurisprudência como fundamento de decisões, passando de princípios descritivos a princípios positivados de inspiração doutrinária. Isto significa que se transformam em princípios positivados pela decisão que os veiculou. Portanto reconhece que uma regra e um princípio desempenham praticamente a mesma função, sendo que a única diferença se deve a uma questão formal. GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 141-169.

identificar quais os princípios que o norteiam. Por sua vez, Carlos Ari Sundfeld¹⁹⁵ salienta que é através do conhecimento dos princípios que se distingue o jurista do mero aplicador das leis, sendo que, quem conhece somente as regras, aplica o Direito pela metade.

Conforme foi observado nos vários conceitos de princípio apresentados, a afirmação de princípio como norma jurídica aparece mesmo que de forma indireta em todos. O elemento característico, qual seja a normatividade, é, segundo Paulo Bonavides, o passo qualitativamente mais largo já dado pela doutrina contemporânea para a caracterização dos princípios.¹⁹⁶

O objetivo principal deste capítulo é examinar os princípios que norteiam as relações contratuais. Assim sendo, os princípios clássicos do direito contratual devem ser analisados, uma vez que não foram abandonados, visto que contemporaneamente dividem espaço com outros princípios que flexibilizam o rigor dos antigos.

3.2 Os princípios do direito contratual clássico.

Os princípios clássicos do direito contratual estão ligados à ideologia liberal, ou seja, têm como elementos principais a proteção da vontade das partes e a manutenção dessa vontade.

Portanto, o modelo de contrato fundava-se na ideia da ampla liberdade de contratar e de total submissão aos termos avençados, o que dava ao contrato uma força de lei entre as partes, coroando assim o *pacta sunt servanda*.

Daí se originam os princípios da autonomia de vontade, da força obrigatória dos contratos, da relatividade dos efeitos e o do consensualismo, os quais serão analisados.

A teoria contratual contemporânea não encontra respaldo apenas nos princípios liberais, visto que a estes foram acrescidos novos princípios, que buscam aprimorar a teoria dos contratos e adequá-la aos valores éticos e sociais impostos pelo Estado Democrático de Direito.

Com efeito, os princípios sociais do contrato, quais sejam o equilíbrio econômico, a boa-fé objetiva e a função social, não substituem os princípios liberais clássicos, mas limitam seu alcance e conteúdo.¹⁹⁷

¹⁹⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 138.

¹⁹⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 230.

¹⁹⁷ LOBO, Paulo Luiz Netto. Princípios sociais dos contratos no código de defesa do consumidor e no novo código civil. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 42, p. 189, abr./jun. 2002; THEODORO JUNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 125.

Com a imposição desses novos princípios, há uma atenuação dos princípios tradicionais, sem, no entanto, excluí-los. Busca-se a justiça contratual, mas sem se perder de vista a segurança jurídica.¹⁹⁸

O Código Civil traz de modo expresso os três novos princípios que regem o direito contratual, quais sejam a boa-fé objetiva, o equilíbrio econômico e a função social do contrato que serão tratados a seguir.

Os princípios da força obrigatória dos contratos e do consensualismo, muito embora sejam tratados como expressões sinônimas por respeitável parte dos doutrinadores, neste trabalho serão estudados separadamente, para melhor exposição de seus detalhes e articulação da pesquisa.

3.3 Princípio da autonomia da vontade

A palavra autonomia é de origem grega e corresponde à soma dos vocábulos *autos* e *nomos*, significando independência, autossuficiência, capacidade de governar-se pelos próprios meios.¹⁹⁹

Filosoficamente, para Kant, a autonomia representa a capacidade da vontade humana de se autodeterminar, livre de qualquer fator estranho ou exógeno, tal como uma paixão ou uma inclinação afetiva incoercível, tal como se observa em sua lição:

Autonomia da vontade é aquela sua propriedade graças à qual ela é para si mesma a sua lei (independentemente da natureza dos objectos do querer). O princípio da autonomia é portanto: não escolher senão de modo a que as máximas da escolha estejam incluídas simultaneamente, no querer mesmo, como lei universal. Que esta regra prática seja um imperativo, quer dizer que a vontade de todo o ser racional esteja necessariamente ligada a ela como condição, é coisa que não pode demonstrar-se pela simples análise dos conceitos nela contidos, pois se trata de uma proposição sintética; teria que passar-se além do conhecimento dos objectos e entrar numa crítica do sujeito, isto é, da razão prática pura; pois esta proposição sintética, que ordena apodicticamente, tem que poder reconhecer-se inteiramente *a priori*.²⁰⁰

¹⁹⁸ THEODORO JUNIOR, Humberto. **O contrato e seus princípios**. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1999. p. 64-65.

¹⁹⁹ Segundo Emilio Betti, autonomia tem o significado de autoridade e *potestas*, de auto-regulamentação dos próprios interesses e relações, exercida pelo seu titular. BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Campinas: LZN, 2003. t. 1. p. 71.

²⁰⁰ A concepção de autonomia é introduzida originalmente na obra intitulada *Fundamentação da metafísica dos costumes* (1785), na qual Kant a define como a propriedade que a vontade possui de ser lei para si mesma. O filósofo aduz que o princípio da autonomia é, pois: escolher sempre de modo tal que as máximas de nossa escolha estejam compreendidas, ao mesmo tempo, como leis universais, no ato de querer. KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Paulo Quintana. Lisboa: Ed. 70, 2007. p. 85.

Nessa perspectiva, o conceito de autonomia confunde-se com o de liberdade, que consiste na iniciativa de um indivíduo de tomar decisões com base na sua própria razão, ou seja, o indivíduo não é condicionado a agir, mas sim impulsionado por uma autoexigência, que, para o referido filósofo, traduz-se na frase: *Servir-se da sua própria razão é ser autônomo e, portanto, livre.*

O princípio da autonomia da vontade diz respeito à liberdade dos contratantes sobre a escolha do ato de contratar, da forma como o contrato será celebrado, bem como instituir o conteúdo do negócio, de acordo com seus interesses. Assim sendo, a autonomia da vontade significa a liberdade de contratar ou não contratar, a liberdade de escolher com quem contratar e a liberdade de estabelecer o conteúdo do contrato.²⁰¹

As partes livremente podem concorrer suas vontades com o desígnio de criar, modificar ou extinguir direitos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica. Sobre a autonomia da vontade, a lição de Clóvis do Couto e Silva equaciona o raciocínio deduzido:

Entende-se por autonomia da vontade a *facultas*, a possibilidade, embora não ilimitada, que possuem os particulares para resolver seus conflitos de interesses, criar associações, efetuar o escambo dos bens e dinamizar, enfim, a vida em sociedade. Para a realização desses objetivos, as pessoas vinculam-se, e vinculam-se juridicamente, através de sua vontade.²⁰²

Conforme o que já foi demonstrado anteriormente, no Código Civil francês, a liberdade de contratar era o substrato principal do direito das obrigações. As partes tinham plena liberdade para ajustar o objeto de suas relações jurídicas, devendo apenas atentar-se às regras de conduta previstas no ordenamento.

²⁰¹ Marcel Planiol, no ano de 1899, afirmava que a vontade tinha o condão de formar a obrigação nos contratos, cabendo à lei ratificar essa vontade criadora. PLANIOL, Marcel. **Traité élémentaire de droit civil**. 3. ed. Paris: LGDJ, 1906. v. 2. p. 319-320. No mesmo sentido é o pensamento de Leon Duguit: “*La autonomía de la voluntad es, ya lo he dicho, un elemento de la libertad en general; es la libertad jurídica y es, en suma, el poder del hombre de crear por un acto de voluntad una situación de derecho, cuando este acto tiene un objetivo lícito. En otros términos, en el sistema civilista la autonomía de la voluntad es el poder de querer jurídicamente, y por lo mismo el derecho a que ese querer sea socialmente protegido.*” DUGUIT, Leon. **Las transformaciones generales del derecho privado desde el código de napoleón**. 2. ed. Trad. Carlos G. Posada. Madrid: Francisco Beltran Librería Española y Extranjera, 1920. p. 69-70.

²⁰² SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2006. p. 24. Hodiernamente, observa-se o mesmo teor na lição de Paulo Roberto Speziali: “A autonomia da vontade é o poder de autodeterminação da pessoa, de autorregular seus interesses, e o negócio jurídico é o instrumento que torna possível concretizar tal poder de autodeterminação. O ordenamento jurídico confere às pessoas esse poder de provocar efeitos jurídicos por meio da prática dos negócios jurídicos em cujo universo inserem-se os contratos. Desse modo, por sua vontade, os contratantes criam relações jurídicas concretas, admitidas e reguladas, *in abstracto*, na lei, prevendo efeitos em função dos quais estabelecem voluntariamente cláusulas que subordinam o seu próprio comportamento.” SPEZIALI, Paulo Roberto. **Revisão contratual**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 30.

Consagrada a autonomia da vontade no referido Código, tal doutrina continuou a ser desenvolvida no século XIX pela Escola Exegética,²⁰³ de acordo com as concepções políticas e filosóficas daquele momento histórico, que eram o individualismo e o liberalismo.

Na sociedade capitalista, impregnada pela ideologia e orientações progressistas, Enzo Roppo²⁰⁴ aduz que liberdade consubstanciada pela autonomia da vontade expressa significa a abolição dos vínculos de grupo, de corporação e de estado, que mantinham o indivíduo preso em um sistema de incapacidades legais que o impedia de se desenvolver plenamente nas suas iniciativas e potencialidades.

Todavia, o direito contratual, conforme aponta Orlando Gomes²⁰⁵, não é composto apenas de normas supletivas, mas também de normas coativas, com o escopo de proibir ou ordenar a prática de determinados atos, sendo essenciais em qualquer modalidade contratual, o que já era reconhecido na concepção tradicional dos contratos, na qual a autonomia da vontade tinha maior amplitude.

Conforme se observa, a vontade individual é plenamente garantida na celebração de todo contrato, por ser um instrumento regulador de interesses privados. Todavia é necessário distinguir essa liberdade na esfera dos contratos, pois há uma diferença entre liberdade de contratar e liberdade contratual.²⁰⁶ Liberdade de contratar é a capacidade de realizar ou não determinado contrato, ao passo que a liberdade contratual é a possibilidade de instituir o conteúdo do contrato.

²⁰³ A doutrina epistemológico-jurídica denominada exegetismo foi de grande relevância para a ciência do direito no século XIX, sustentando que o direito se identifica por completo com a lei escrita, sendo a função específica do jurista ater-se rigorosamente ao texto legal, para demonstrar o seu sentido. Segundo Henrique Garbellini Carnio e Alvaro Luiz Travassos de Azevedo Gonzaga, a Escola da Exegese revelou notáveis estudiosos do Direito, como Jean Charles Demolombe, Raymond-Théodore Troplong, François Laurent e Victor-Napoléon Marcadé. Sendo o posicionamento fundamental da Escola que o Direito revela-se pelas leis, para os seus pensadores, a interpretação parte unicamente do direito positivo, sendo desnecessária a utilização de elementos que lhe são extrínsecos. Esse período representou uma fase de inovações na ciência jurídica, por essa razão serviu de modelo para as legislações de diversos países da Europa, depois América Latina e em seguida Ásia e África. CARNIO, Henrique Garbellini; GONZAGA, Alvaro Luiz Travassos de Azevedo. **Curso de sociologia jurídica**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 89-91. No mesmo sentido: CAENEGEM, Raoul Charles van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. 2. ed. Trad. Carlos Eduardo Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 153-154.

²⁰⁴ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 36.

²⁰⁵ GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 25.

²⁰⁶ A liberdade de contratar no direito privado, segundo Theodoro Júnior, manifesta-se sob os seguintes aspectos: a) pela faculdade de contratar e não contratar, isto é, pelo arbítrio de decidir, segundo os interesses e conveniências de cada um, se e quando estabelecerá com outrem um negócio jurídico contratual; b) pela liberdade de escolha com quem contratar; c) pela liberdade de fixar o conteúdo do contrato, redigindo suas cláusulas ao sabor do livre jogo das conveniências dos contratantes. THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e seus princípios**. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1999. p. 14-15.

Para Arnaldo Wald²⁰⁷, a primeira refere-se à possibilidade de cumprir ou não um negócio, enquanto a segunda define as modalidades de sua realização. Essa liberdade abarca os poderes de auto regência de interesses, da livre discussão das condições contratuais e da escolha do tipo de contrato adequado para a satisfação da vontade das partes.²⁰⁸

Pontes de Miranda aduz que a liberdade de contratar corresponde ao exercício da personalidade. Sobre o princípio da autonomia da vontade e da liberdade de contratar, sua lição esclarece as diferenças:

Se o ser humano não tivesse diante de si campo em que poderia exercer a sua vontade, não se poderia falar de personalidade. No que a manifestação de vontade, inclusive por ato que não seja simples expressão do querer, não ofende interesses de outrem, ou interesses gerais, tem o ser humano, a pessoa, liberdade de fazer, não fazer, de falar e de não falar. [...] O auto-regramento da vontade, a chamada autonomia da vontade, é que permite a pessoa, conhecendo o que se produzirá com seu ato, negocie ou não, tenha ou não o *gestum*, que a vincule.²⁰⁹

Portanto, é possível vislumbrar que a vontade das partes não é ilimitada, pois, em determinadas situações, a imposição de limites à vontade é necessária para a sua saudável manifestação. Segundo Elisita Collor Elesbão²¹⁰, há vezes em que a vontade dos contratantes é dinâmica somente para realizar o negócio jurídico, pois o ato, em todo o seu conteúdo e efeitos, está regulamentado pela lei, de forma que os particulares não podem modificá-lo, restando apenas os ajustes permitidos pela lei.

Deduzindo esse raciocínio, a primeira limitação é aquela que emana das regras de natureza cogente, as quais o imperativo jurídico não possibilita aos particulares estipularem as tratativas de acordo com suas conveniências.

No século XIX, teve início a discussão a respeito da natureza jurídica da autonomia da vontade. Após a Revolução Industrial, o dogma da autonomia da vontade experimentou uma profunda modificação, graças à influência estatal, que passou a delimitar o teor dos contratos de trabalho, impondo-se sobre a vontade das partes e afastando os desequilíbrios das relações jurídicas.

²⁰⁷ WALD, Arnaldo. **Curso de direito civil brasileiro: obrigações e contratos**. 13. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998. p. 184.

²⁰⁸ GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 22.

²⁰⁹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. t. 38. p. 117-118.

²¹⁰ ELESBÃO, Elisita Collor. **Princípios informativos das obrigações contratuais civis**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 112.

Através das normas de ordem pública, Humberto Theodoro Júnior²¹¹ aponta que o legislador modificou o curso do contrato, sendo as vedações determinantes, não se admitindo a sua revogação ou modificação. Ou seja, a autonomia dada aos particulares para realizarem negócios encontra limites no ordenamento, em se tratando de ordem pública, nos bons costumes e na dignidade da pessoa humana.²¹²

Em se tratando de bons costumes, a teoria contratual sempre os respeitou como impedimentos éticos que se estabelecem independentemente de previsão expressa em textos de lei.²¹³

O contrato, a partir do que se pode deduzir de todo o exposto neste trabalho, tem como essência o direito obrigacional.²¹⁴ Como já demonstrado no tópico anterior, a vontade é o elemento que impulsiona o homem à realização de todas as coisas.

²¹¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O Contrato e seus princípios**. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1999. p. 15.

²¹² Em complemento ao exposto, cumpre aduzir as considerações de Érico de Pina Cabral: “Assim, em face da evanescente desigualdade nas relações privadas, é necessário uma nova colocação do problema da autonomia privada, submetendo-a à hegemonia da pessoa como valor fundamental do ordenamento jurídico. As relações privadas do mundo moderno não podem ser formalizadas numa concepção exclusivamente econômica, segundo as “regras do jogo”, mas vinculadas à dignidade da pessoa humana, da qual a vida e a liberdade são as expressões mais extraordinárias”. CABRAL, Érico de Pina. A “autonomia” no direito privado. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Doutrinas essenciais: obrigações e contratos: contratos: princípios e limites**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. v. 3. p. 96.

²¹³ Sobre a expressão bons costumes, é de bom grado aduzir a conceituação de Enzo Roppo: “[...] aquelas regras não escritas de comportamento, cuja observância corresponde à consciência ética difundida na generalidade dos cidadãos e cuja violação é, portanto, considerada moralmente reprovável.” ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 185. Complementando essa lição é de bom grado aduzir o pensamento de Karl Engisch: “Ora é-nos sem mais possível imaginar que a questão sobre o concreto dever ser jurídico seja respondida através de um costume ou uso tradicional. E a verdade é que a forma originária pela qual o Direito dirige a vida é a do chamado Direito consuetudinário, quer dizer, o uso baseado na convicção da juridicidade, confirmado e comprovado em todas as situações do mesmo tipo.” ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 8. ed. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 76. No mesmo sentido, Vicente Rão assinala que os costumes são regras de conduta criadas espontaneamente pela consciência popular, de modo constante e uniforme e que correspondem a uma necessidade jurídica. RÃO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 6. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004. p. 281.

²¹⁴ Sobre a concepção do contrato na perspectiva do direito das obrigações, insta trazer as considerações de Andreas Von Tuhr: “*Para que exista un contrato, entendida esta palabra en sentido amplio, se requiere, según el Código de las Obligaciones, la declaración de la voluntad concordante y reciproca de las partes contratantes [...]. La ley, al decir um poco impropriamente <<declaración de voluntad>>, quiere aludir a las varias declaraciones que se cruzan entre las dos o más partes contratantes. El contrato, a diferencia de los negocios jurídicos unilaterales, entraña cuando menos dos declaraciones de voluntad: la oferta y la aceptación.*” VON TUHR, Andreas. **Tratado de las obligaciones**. Trad. W. Roces. Madrid: Editorial Reus, 1934. t. 2. p. 105. No mesmo sentido e mais atual é o pensamento de Washington de Barros Monteiro: “O contrato pressupõe, destarte, necessariamente, intervenção de duas ou mais pessoas, que se põem de acordo a respeito de determinada coisa. Teoricamente, não se pode admitir a figura do contrato consigo mesmo, concebida pelo gênio especulativo alemão (Römer, Rumelin, Kohler, Arnò), mas sem apoio legal. Sem o concurso de duas ou mais pessoas, pelo menos, impossível surgir o contrato, não se podendo admitir que alguém seja, ao mesmo tempo, credor e devedor de si mesmo, o que viria a constituir verdadeira *contradictio in adjectis*.” MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das obrigações**, 2ª parte. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 5. p. 18-19.

O negócio jurídico por sua vez representa verdadeiro meio de manifestação da liberdade humana, arraigado na vontade, que, de acordo com Castro y Bravo²¹⁵, constitui o principal e mais característico elemento do negócio jurídico, sendo o seu estudo comum às declarações que tangem a relação negocial.

A autonomia da vontade, que já foi considerada a essência do Direito Contratual, conferia ao indivíduo o poder de autodisciplinar suas relações jurídicas.

No entanto, essa liberdade, através da intervenção legislativa nos contratos, foi sofrendo alterações de forma a não mais permitir a existência de cláusulas contratuais que infringissem a moral, os bons costumes, as normas de ordem pública, bem como preservar a funcionalidade do contrato e os demais princípios norteadores da relação contratual no âmbito civil-constitucional.²¹⁶

Nesse diapasão, cumpre aduzir a lição de Cristiano de Sousa Zanetti:

Salta aos olhos a forte intervenção legislativa nos contratos de consumo. Com o início da sua vigência, o Código de Defesa do Consumidor promoveu a efetiva fragmentação do sistema contratual. Não se tratou simplesmente de ampliação do limite da licitude, pois suas normas versam não somente sobre determinados tipos contratuais, mas sim sobre uma vasta gama de negócios jurídicos que, em número, certamente supera as relações então regidas pelo Código Civil de 1916 e pelo Código Comercial de 1850. Por outras palavras, não se promoveu apenas uma modificação quantitativa, destinada a alterar o regramento de dados contratos. Muito ao contrário, destacou-se parte importante das relações então regidas pelo Código Civil e pelo Código Comercial para que fosse submetida a regras próprias, fundadas na peculiaridade de serem travadas no mercado de consumo. [...]. O Código Civil de 2002 altera em alguma medida esse panorama, pois, da mesma forma que o Código de Defesa do Consumidor, prevê a subordinação da liberdade contratual ao princípio da boa-fé objetiva. Não contempla, todavia, o rol de vedações constantes do Código de Defesa do Consumidor, o que leva a crer que a liberdade contratual contemplada

²¹⁵ BRAVO, Castro y. **La estructura del negocio jurídico**. Madrid: Civitas, 2002. p. 57.

²¹⁶ Insta salientar que a autonomia da vontade somente é possível quando as partes são verdadeiramente iguais, pois a desigualdade fática macula a manifestação de vontade, tornando necessária, assim a intervenção estatal para equilibrar as diferenças, o que se revela na lição de Cláudio Bonatto: “Desse modo, fácil constatar que as modificações na concepção liberal do contrato decorreram da necessidade de que o princípio da autonomia da vontade não fosse utilizado como forma disfarçada de consagrar o poder do forte sobre o fraco, pois conforme a clássica formulação de Lacordaire, “entre o forte e o fraco é a liberdade que escraviza e a lei que liberta””. BONATTO, Cláudio. **Código de defesa do consumidor: cláusulas abusivas nas relações contratuais de consumo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 30. Em complemento à ideia da supressão da autonomia da vontade, está o raciocínio de Christino Almeida do Valle: “É que a lei exige o cumprimento da forma, impondo a descaracterização da autonomia da vontade, não inteiramente, é certo, como não poderia deixar de ser. De modo que o princípio que informa a autonomia da vontade já não mais é a regra, sendo agora exceção. [...] Pode afirmar-se que, nos denominados contratos de adesão, pouco vale a autonomia da vontade: um dos contratantes adere ao contrato-tipo, não discutindo as cláusulas, ficando privado dos benefícios do contrato.” VALLE, Christino Almeida do. **Contratos: teoria, prática e jurisprudência**. Rio de Janeiro: Aide, 1993. p. 145. No mesmo sentido, Clóvis do Couto e Silva pondera que a liberdade absoluta de contratar, sem uma legislação que harmonizasse as forças econômicas em litígio, ocasionou nos países com grande atividade industrial profundas restrições ao princípio da autonomia da vontade, visto que os particulares se viam não só impossibilitados de escolher com quem contratar, como igualmente não lhes era permitido discutir a respeito do conteúdo do contrato. SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2006. p. 30.

no Código Civil tem latitude superior àquela permitida para as relações de consumo.²¹⁷

Não há dúvida de que a vontade perdeu a força que exercia no passado para a formação dos contratos e dos negócios jurídicos, cedendo espaço para outros critérios que se tornaram essenciais para a sua concretização.²¹⁸

O princípio da autonomia privada, como fruto dessa evolução, consiste na liberdade que cada indivíduo tem de contratar ou deixar de contratar. Nos dizeres de Christina Miranda Ribas²¹⁹, a autonomia privada traduz-se na liberdade de iniciativa econômica, que viabiliza ao sujeito a criação de situações de direito subjetivo, pessoais ou reais, dentro de determinados parâmetros.

Autonomia privada é, portanto, o poder de exercer a liberdade contratual, de moldar a vontade subjetiva, de acordo com o que for permitido pela lei. Além disso, o auto-regramento permite às partes a livre escolha das cláusulas, condições e conteúdo do contrato da maneira que melhor lhes aprouver.

Nesse sentido, Pontes de Miranda reconhecia o poder de constituição de negócios jurídicos às pessoas, através do auto-regramento:

O princípio de que se parte é o do auto-regramento da vontade (dito da autonomia privada), mas os sistemas jurídicos estabelecem regras jurídicas cogentes, dispositivas e interpretativas para que algo se tenha de atender, ou se atenda, se o manifestante da vontade não disse diferentemente do que a lei editou, ou se há dúvida sobre o que ele disse.²²⁰

Para que o contrato exista, é preciso que as partes manifestem a declaração convergente de vontades, tanto em relação ao objeto da avença, quanto ao seu respectivo conteúdo.

Do mesmo modo, o contrato, em sua nova concepção social, deve observar não apenas o momento da declaração da vontade, que representa especificamente o consenso, mas principalmente a repercussão jurídica que o contrato trará à sociedade e, para isso, deve atentar-se à condição social e econômica das pessoas nele envolvidas.

²¹⁷ ZANETTI, Cristiano de Sousa. **Direito contratual contemporâneo**: a liberdade contratual e sua fragmentação. São Paulo: Método, 2008. v. 5. p. 225-226.

²¹⁸ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 29.

²¹⁹ RIBAS, Christina Miranda. Em torno da autonomia privada. **Revista Jurídica da Universidade Estadual de Ponta Grossa**, Ponta Grossa, ano 1, v. 1, 1997. Disponível em: <<http://www.uepg.br/rj/alvlat13.htm>>. Acesso em: 9 jun. 2016.

²²⁰ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962. t. 38. p. 51.

Com a massificação da sociedade e o surgimento de contratos destinados a atender às grandes demandas, quais sejam os de adesão, uma das partes simplesmente apresenta à outra a sua vontade, permitindo-lhe apenas a aceitação ou recusa das condições previamente postas.²²¹

Nessa seara, como as partes já não mais ajustam o conteúdo do negócio jurídico na contratação massificada, conseqüentemente a limitação à autonomia da vontade torna-se necessária para a consecução do equilíbrio da relação contratual e a igualdade real, imposta pelo Estado como prioridade, originando-se assim o conceito de autonomia privada.²²²

Assim, é possível inferir que os contratos de adesão não estão comprometidos pelo princípio da autonomia privada, visto que a declaração de vontade do aderente fica submetida à vontade do proponente que elaborou o conteúdo do contrato observando as regras impostas pelo Estado, o que justifica a importância da ingerência estatal a fim de estabelecer o equilíbrio contratual.

Conforme demonstrado anteriormente na lição de Pontes de Miranda, em um contrato, quando as partes deixam de se manifestar a respeito de determinadas circunstâncias, a vontade que se presume é aquela estabelecida em lei, mesmo que *a posteriori* uma delas se manifeste diversamente, já que mesmo não se tratando de normas cogentes, ou seja, que podem ser livremente pactuadas pelas partes de forma alternativa ao dispositivo legal, a não manifestação dos contratantes importa em absorção da expressão do texto da lei.

A liberdade de contratar deve sofrer limitações, mesmo sendo a manifestação de vontade o âmago da formação dos contratos. A imposição de limites pela lei é prudente, pois o interesse social deve prevalecer em relação ao interesse individual sempre que não forem compatíveis.

Tanto é assim que o art. 421 do Código Civil enfatiza que a liberdade de contratar deve ocorrer em razão e nos limites da função social do contrato. Nesse sentido, Antonio

²²¹ O homem contratante acabou, no final do século passado e início do presente, por se deparar com uma situação inusitada, qual seja, a da despersonalização das relações contratuais, em função de uma preponderante massificação, voltada ao escoamento em larga escala, do que se produzia nas recém-criadas indústrias. NALIN, Paulo. **Do contrato:** conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006. p. 109.

²²² A autonomia privada, de que a liberdade contratual é uma componente e a mais relevante manifestação, é *um processo de ordenação que faculta a livre constituição e modelação de relações jurídicas pelos sujeitos que nelas participam*. É, em termos etimológicos, uma normação pelo próprio que vai ficar obrigado à observância dos efeitos vinculativos da regra por si criada. Despojada das suas conotações habituais, a locução tem um significado especificamente jurídico, nada mais nos indicando, em si, do que a técnica de *Rechtssetzung* que se contrapõe à heteronomia. Sempre que o ordenamento – e seja qual for a razão última dessa opção – se abstenha de fixar, de forma impositiva, as regras a que devem obedecer as relações sociais, deixando essa tarefa à livre decisão dos que nelas intervêm, as normas de conduta aí vigentes não estão predeterminadas, resultando (e sendo simultaneamente instrumento) dos próprios processos de cooperação que visam regulamentar. Elas são, nessa medida, regras negociais autônomas, designando o termo a fonte normativa de que promanam. RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **O problema do contrato:** as cláusulas gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Almedina, 1999. p. 21-22.

Junqueira de Azevedo pondera que o princípio da função social destina-se a integrar os contratos numa ordem social harmônica, visando impedir aqueles que prejudiquem os interesses sociais, como se observa em sua lição:

Entretanto, dos três novos princípios, é o último, o da *função social*, que mais de perto diz respeito ao caso da consulta. Este princípio difere do da ordem pública, tanto quanto a sociedade difere do Estado; trata-se de preceito destinado a integrar os contratos numa ordem social harmônica, visando impedir tanto aqueles que prejudiquem a coletividade (por exemplo, contratos contra o consumidor) quanto os que prejudiquem ilicitamente pessoas indeterminadas (sobre esse ponto, estender-nos-emos adiante, porque é o caso das vendas das distribuidoras “atravessadoras”, objeto da consulta). A ideia de *função social do contrato* está claramente determinada pela Constituição, ao fixar, como um dos fundamentos da República, o *valor social da livre iniciativa* (art. 1º, inc. IV); essa disposição impõe, ao jurista, a proibição de ver o contrato como um átomo, algo que somente interessa às partes, desvinculado de tudo mais. O contrato, qualquer contrato, tem importância para toda a sociedade e essa asserção, por força da Constituição, faz parte, hoje, do ordenamento positivo brasileiro – de resto, o art. 170, *caput*, da Constituição da República, de novo, salienta o valor geral, para a ordem econômica, da livre iniciativa.²²³

A aplicação do princípio da autonomia privada não pretende contrapor o poder de iniciativa do indivíduo e a vontade estatal. Muito pelo contrário, o que se busca é justamente conciliar tais perspectivas, que, dissociadas ou opostas, podem comprometer a eficácia do contrato, que em última instância deve concretizar a segurança jurídica almejada pelo particular através do Estado.²²⁴

²²³ 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 inadimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 87, v. 750, p. 116, abr. 1998. Em complemento, Nelson Nery Júnior aduz que a função social do contrato é um princípio compatível com a autonomia privada, limitando-a apenas quando se trata de direitos e interesses individuais e metaindividuais que digam respeito à dignidade da pessoa humana, o que evidencia que a função social representa muito mais do que um simples limite à autonomia privada. NERY JÚNIOR, Nelson. Contratos no código civil. apontamentos gerais. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; FRANCIULLI NETTO, Domingos. (Coord.). **O novo código civil: estudos em homenagem ao prof. Miguel Reale**. São Paulo: LTr, 2003. p. 421-422. A mesma conclusão é observada no enunciado nº 23, aprovado na *I Jornada de Direito Civil*, promovida pelo Conselho de Justiça Federal em setembro de 2002: Art. 421: a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.

²²⁴ Nesse sentido, Cf: HINESTROSA, Fernando. Función, límites y cargas de la autonomía privada. **Revista de Derecho Privado**, Bogotá, n. 26, p. 13-14, jan./jun. 2014. A esse respeito, cumpre trazer o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: DIREITO CIVIL. VALIDADE DA CLÁUSULA DE 13º ALUGUEL EM CONTRATO DE LOCAÇÃO DE ESPAÇO EM SHOPPING CENTER. **Não é abusiva a mera previsão contratual que estabelece a duplicação do valor do aluguel no mês de dezembro em contrato de locação de espaço em shopping center**. De início, cabe ressaltar que o contrato de locação deve ser analisado com base no disposto no art. 54 da Lei de Locações (Lei n. 8.245/1991), que admite a livre pactuação das cláusulas no contrato de locação de espaço em shopping center firmado entre lojistas e empreendedores, observadas as disposições da referida lei. [...]. O princípio da autonomia privada concretiza-se, fundamentalmente, no direito contratual, por meio de uma tríplice dimensão: a liberdade contratual, a força obrigatória dos pactos e a relatividade dos contratos [...]. Ressalte-se que a autonomia privada, como bem delineado no Código Civil de 2002 (arts. 421 e 422) e já reconhecido na vigência do Código Civil de 1916, não constitui um princípio absoluto em nosso ordenamento jurídico, sendo relativizada, entre outros, pelos princípios da função social, da

O pensamento de Ricardo Luiz Lorenzetti é elucidativo nesse sentido:

O Estado requer um Direito Privado, não um direito dos particulares. Trata-se de evitar que a autonomia privada imponha suas valorações particulares à sociedade; impedir-lhe que invada territórios socialmente sensíveis. Particularmente, trata-se de evitar a imposição a um grupo, de valores individuais que lhe são alheios. Aqui faz seu ingresso a ordem pública de coordenação, e de direção. Por outra parte, os valores coletivos, que se traduzem juridicamente em obrigações, não devem enfraquecer, mas completar e ajustar a normativa individual. Trata-se de valores legais que concorrem com a autonomia privada para produzir um efeito jurídico determinado. Quando se diz que o contrato causa obrigações, faz-se referência a valores individuais; quando se alude a obrigações imperativas, implicam-se valorações coletivas.²²⁵

O dirigismo estatal, como é possível concluir, prioriza as necessidades sociais como em nome da ordem pública, que estaria comprometida se a liberdade contratual do indivíduo pudesse ser manifestada de forma irrestrita, sem sofrer qualquer tipo de limitação.

Dessa forma, conclui-se que a autonomia privada não afasta as normas interventivas do Estado, que tem por escopo a proteção do declarante da vontade, mas sim garantir a igualdade de oportunidades se houver diferenças socioeconômicas consideráveis. Por tais razões, a autonomia privada é considerada como a pedra angular do Direito Privado.²²⁶

3.4 Princípio da força obrigatória dos contratos

O princípio da obrigatoriedade, também conhecido como força obrigatória dos contratos, em sua concepção clássica, consagra o entendimento de que, obedecidos os requisitos legais para a existência do contrato e uma vez empenhada a palavra, o pacto se

boa-fé objetiva e da prevalência do interesse público. Essa relativização resulta, conforme entendimento doutrinário, o reconhecimento de que os contratos, além do interesse das partes contratantes, devem atender também aos "fins últimos da ordem econômica". Nesse contexto, visando à promoção desses fins, admite o Direito brasileiro, expressamente, a revisão contratual, diante da alteração superveniente das circunstâncias que deram origem ao negócio jurídico (teoria da imprevisão, teoria da base objetiva etc.). REsp 1.409.849-PR, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 26/4/2016, DJe 5/5/2016. (INFORMATIVO DE JURISPRUDÊNCIA, Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, n. 582, p. 2, abr./maio 2016).

²²⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. Trad. Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998. p. 540.

²²⁶ Em se tratando da análise da autonomia privada no contexto econômico e político, cumpre aduzir a lição de Luiz Edson Fachin: "É significativo o fato de que a autonomia privada é tida como sendo pedra angular do sistema civilístico inserido em contexto econômico-político próprio. A análise da autonomia privada, cuja expressão é autonomia da vontade, está diretamente vinculada ao espaço que o universo jurídico reserva aos particulares para dispor sobre seus interesses. Em verdade, a autonomia privada tem um reconhecimento da ordem jurídica, à medida que os particulares o preenchem. Esse reconhecimento decorre da aplicação de um critério de exclusão, pois os particulares atuam nos espaços permitidos, isto é, não vedados pela ordem jurídica." FACHIN, Luiz Edson. **Novo conceito de ato e negócio jurídico**. Curitiba: Educa; Scientia et Labor, 1988. p. 54. No mesmo sentido: PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **O abuso do direito e as relações contratuais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 387-388.

torna obrigatório entre as partes que não podem mais se desligar da relação jurídica, consagrando assim o *pacta sunt servanda*.²²⁷

Para Georges Ripert²²⁸, a existência do princípio se funda numa regra moral segundo a qual o contrato deve conservar o caráter sagrado da palavra dada, do dever de consciência imposto ao devedor e da fé do credor na promessa realizada.

Dessa forma, a imposição de fidelidade no cumprimento do avençado pelas partes é a ideia consagrada por esse princípio, sob pena de execução patrimonial contra o inadimplente. Sendo assim, esse princípio tem por objetivo garantir a segurança jurídica, a utilidade social e econômica do contrato.²²⁹

O Código Civil não prevê expressamente esse princípio, o que aparentemente fere o princípio da operabilidade em se tratando da busca pela simplificação dos textos contidos no Código, visto que, pela lógica da operabilidade, a omissão de um conceito é contrária ao seu objetivo. Todavia é possível observar intrinsecamente a sua presença nos arts. 389, 390 e 391 do diploma civil, que tratam do inadimplemento e de suas consequências.²³⁰

Por seu turno, Paulo Nalin²³¹ salienta que a força obrigatória dos contratos encontra nas premissas ideológicas da Revolução Francesa a sua base dogmática, uma vez que o *Code* incorporou os ideais de liberdade, igualdade e solidariedade em sua estrutura. Dessa forma, o diploma civil francês serviu de referencial teórico para a modernidade contratual, que

²²⁷ Sobre as origens do *pacta sunt servanda*, cabe trazer à colação a lição de Roberto Senise Lisboa: “Originário do Direito romano é consubstanciado no brocado *pacta sunt servanda*, tal princípio compele os contratantes ao cumprimento do conteúdo completo do acordo celebrado, pena de resolução do negócio, ante a frustração da satisfação do interesse da outra parte, pelo inadimplente. Fundada na segurança jurídica e na vinculatividade do contrato, a obrigatoriedade gera a confiança na estabilidade do negócio, para que sejam auferidos os direitos e satisfeitos os interesses ou necessidades dos contraentes.” LISBOA, Roberto Senise. **Contratos difusos e coletivos:** consumidor, meio ambiente, trabalho, agrário, locação, autor. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997. p. 82.

²²⁸ RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2002. p. 49.

²²⁹ LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil:** fontes das obrigações: contratos. 4. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1991. v. 3. p. 98-99.

²³⁰ TARTUCE, Flávio. **Função social dos contratos:** do código de defesa do consumidor ao código civil de 2002. São Paulo: Método, 2007. p. 183. Em sentido contrário, o Código Civil francês consagra textualmente o princípio no art. 1.134: *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi.* (As convenções legalmente formadas têm força de lei para aqueles que a fizeram. Não podem ser revogadas senão por mútuo consentimento ou pelas causas que a lei autorizar. Devem ser executadas de boa-fé. Tradução livre). O mesmo teor é encontrado no art. 1.372 do Código Civil italiano: *Il contratto ha forza di legge tra le parti.* (O contrato tem força de lei entre as partes. Tradução livre). E igualmente no art. 406º, 1, do Código Civil português: O contrato deve ser pontualmente cumprido, e só pode modificar-se ou extinguir-se por mútuo consentimento dos contraentes ou nos casos admitidos na lei. E por último, no art. 1.255 do Código Civil espanhol: Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público.

²³¹ NALIN, Paulo. A força obrigatória dos contratos no brasil: uma visão contemporânea e aplicada à luz da jurisprudência do superior tribunal de justiça em vista dos princípios sociais dos contratos. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 1, p.122, jul./set. 2014.

repercutiu em todos os povos do cenário europeu-continental sob a influência política, militar, econômica e cultural da França liberal.

Nesse diapasão, por influência do artigo 1.134 do *Code*, afirma-se que o contrato faz lei entre as partes, no sentido de confirmar a sua obrigatoriedade e intangibilidade, devendo os contratantes cumprir suas obrigações tais como se fossem cláusulas pétreas.

Entretanto, segundo San Tiago Dantas²³², a lei e o contrato têm alguns pontos em comum e pontos em que se diferenciam. Assemelham-se porque ambos são normas de conduta e normas de composição de conflitos, ou seja, possuem o duplice papel de orientar o comportamento de pessoas e de orientar o julgador no momento do litígio. Por outro lado, distinguem-se radicalmente, pois o contrato é sempre particular, resulta da vontade das partes, dirige-se a pessoas determinadas e é inspirado em interesse particular; ao passo que a lei é geral, decorrente do Estado, dirigindo-se aos cidadãos e aos juízes para que estes a apliquem, levando em consideração o interesse social.

Partindo-se da noção de força obrigatória, deduz-se a intangibilidade do contrato, isso significa que a modificação unilateral das disposições contratuais não é permitida às partes e nem mesmo ao juiz, tornando o acordo de vontades irretratável. Nesse sentido é a lição de Caio Mário da Silva Pereira:

O princípio da força obrigatória do contrato contém insita uma idéia que reflete o máximo de subjetivismo que a ordem legal oferece: a palavra individual, enunciada na conformidade da lei, encerra uma centelha de criação, tão forte e tão profunda que não comporta retratação, e tão imperiosa que, depois de adquirir vida, nem o Estado mesmo, a não ser excepcionalmente, pode intervir, com o propósito de mudar o curso de seus efeitos.²³³

²³² DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. **Programa de direito civil II: os contratos**. Rio de Janeiro: Rio, 1978, p. 153-154.

²³³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: fontes das obrigações**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. 3. p. 6. No mesmo sentido, Humberto Theodoro Júnior aduz que da força de lei atribuída ao contrato, bem como sua intangibilidade, decorrem as seguintes consequências, sendo a primeira delas a impossibilidade do juízo de equidade, que não autoriza o juiz a modificar o conteúdo do contrato, salvo nas hipóteses em que, previamente ao ato jurídico perfeito, o legislador já havia instituído o procedimento da revisão judicial. A segunda consequência ocorre em caso de nulidade ou revogação, sendo permitido ao juiz apenas a pronúncia da nulidade ou da resolução, não lhe sendo possível substituir as partes para alterar cláusulas do contrato, nem refazê-lo ou readaptá-lo, cabendo apenas à lei autorizar tais revisões. E por sua vez, os prejuízos ocasionalmente sofridos por um dos contratantes em virtude do contrato não constituem motivo para o afastamento de sua força obrigatória, visto que as flutuações de mercado e as falhas de cálculo são riscos previsíveis na atividade econômica e assumidos pelas partes ao contratar. THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e seus princípios**. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1999. p. 21-22.

De acordo com a tendência estampada no Código Civil de 2002 e quebrando tal concepção sobre a força obrigatória está o entendimento de Silvio Rodrigues²³⁴ sobre a perspectiva pela qual se deve vislumbrar o fundamento da obrigatoriedade. Para o referido professor, ela deve ser encarada do ponto de vista social e não individual, pois aquele que manifestou livremente sua vontade, ao se obrigar, criou uma perspectiva no meio social, a qual a ordem jurídica deve garantir, estando aí o fundamento da obrigatoriedade.²³⁵

Seguindo esse raciocínio, o princípio da força obrigatória passa a se aproximar da ideia de conservação dos contratos. Nelson Nery²³⁶ aduz que essa é uma das possíveis interpretações em relação ao conteúdo do princípio da força obrigatória, que, por ser condizente com a socialidade, importa na manutenção e continuidade do contrato, atendidos os elementos da equidade, do equilíbrio contratual, da boa-fé objetiva, incorporando assim a função social.

A tendência doutrinária pela adoção da continuidade dos contratos encontra respaldo no direito italiano, no art. 1.367 de seu diploma civil, que positiva a continuidade como princípio.

Cláudio Luiz Bueno de Godoy²³⁷ explica que houve preocupação do legislador no que tange ao reconhecimento da continuidade do contrato, preservando-o contra um potencial desfazimento, ao buscar sempre o melhor aproveitamento da vontade negocial das partes, valendo até mesmo o resgate da antiga máxima romana: *quotis in stipulationibus ambigua oratio est, commodissimum est id accipi quo res de qua agitur in tuto sit*.

²³⁴ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil. dos contratos e das declarações unilaterais da vontade**. v. 3. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 12. Muito antes da existência do Código Civil de 2002, Orlando Gomes esboçava a necessidade de suavização da obrigatoriedade, demonstrando sua preocupação social com o instituto do contrato: a sujeição inelutável a esse princípio conduz, em certas circunstâncias, a situações manifestamente injustas. Torna-se descabida, em consequência, sua aplicação. Passou-se a admitir, então, que deve comportar exceções. Para fundamentá-las, invocaram-se, a princípio, razões de equidade, e, em seguida, opuseram-lhe outros princípios jurídicos. GOMES, Orlando. **Transformações gerais do direito das obrigações**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980. p. 95.

²³⁵ Nesse sentido, é oportuno trazer o pensamento de Gustav Radbruch: “A vontade do contraente é pois, em boa parte, a imputação que se lhe faz da vontade do legislador. Sua vontade não se obriga por si, porém a lei obriga-o à sua vontade. Estas ponderações abrem caminho para a concepção de que a teoria da vontade no contrato de direito privado, portanto, a doutrina da limitação da obrigatoriedade do contrato no âmbito do empiricamente desejado pelos contraentes, não é, em todo caso, uma necessidade conceptual lógico-jurídica ou jusnaturalista. A vontade não obriga, mas, na medida em que a obrigatoriedade do contrato vincula-se à vontade, aquela está sujeita a esta por meio da lei. Assim, como para a propriedade, também para o contrato, a teoria legal é justa. Mas no campo da teoria legal surge novamente a luta – mais de princípios filosófico-jurídicos que de conceitos lógico-jurídicos – entre teoria da vontade e teoria da declaração: em que medida deve a lei declarar a vontade e a declaração como determinantes para a obrigatoriedade do contrato? Nessa luta encontram-se frente a frente os interesses da autonomia privada da segurança de comércio, da liberdade individual e da paz social, em resumo, as concepções jurídicas individualista e social.” RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 213-214.

²³⁶ NERY JÚNIOR, Nelson. Contratos no código civil: apontamentos gerais. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; FRANCIULLI NETTO, Domingos. (Coord.). **O novo código civil: estudos em homenagem ao prof. Miguel Reale**. São Paulo: LTr, 2003. p. 423-424.

²³⁷ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 184-185. Sempre que nas estipulações houver uma oração ambígua, é conveniente que se entenda aquilo que foi dito ao invés daquilo que se pretendia dizer (tradução nossa).

Nesse sentido, tal referido entendimento está formulado no enunciado n. 22, aprovado na *I Jornada de Direito Civil*, promovida pelo Conselho de Justiça Federal: “Art. 421: a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral que reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas.”

Outra maneira encontrada pela doutrina para manter a conservação do contrato está na chamada teoria do adimplemento substancial, que surgiu como alternativa à resolução contratual, pois busca a conservação do negócio jurídico em detrimento a sua ruptura. Embora não haja suporte legal, essa teoria vem sendo aplicada em muitas decisões, moldando a doutrina e a jurisprudência.²³⁸

Segundo Flávio Tartuce²³⁹, o adimplemento substancial se dá nos casos em que o contrato estiver quase todo cumprido, sendo a mora insignificante, não cabendo a sua

²³⁸ Há elementos da teoria do adimplemento substancial em vários países europeus. No Direito Consuetudinário Inglês, a expressão substancial performance é de longa data utilizada em seu sistema, sendo mencionada no caso *Boone versus Eyre* no ano de 1779. No Código Civil italiano, há previsão expressa sobre o adimplemento substancial, no art. 1.455: *Il contratto non si può risolvere se l'inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra* (1522 e seguintes, 1564 e seguinte, 1668, 1901), que livremente traduzido significa que o contrato não será resolvido se o inadimplemento de uma das partes tiver escassa importância, levando-se em conta o interesse da outra parte. O Código Civil português traz o mesmo conceito em seu art. 802: 1. Se a prestação se tornar parcialmente impossível, o credor tem a faculdade de resolver o negócio ou de exigir o cumprimento do que for possível, reduzindo neste caso a sua contraprestação, se for devida; em qualquer dos casos o credor mantém o direito à indenização. 2. O credor não pode, todavia, resolver o negócio, se o não cumprimento parcial, atendendo ao seu interesse, tiver escassa importância. Por último, no Direito francês, o entendimento da jurisprudência tem caminhado nesse sentido na interpretação do art. 1.184 de seu diploma civil. O BGB, no § 323, item 5, segunda parte, traz o seguinte texto: *Hat der Schuldner die Leistung nicht vertragsgemäß bewirkt, so kann der Gläubiger vom Vertrag nicht zurücktreten, wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist*, que na tradução livre significa: Se o devedor adimpliu em parte, o credor poderá revogar o contrato somente se não lhe interessar a parte paga. Se o devedor não adimpliu em conformidade com o contrato, ao credor não é permitida a revogação do contrato se o descumprimento for trivial. Nos Princípios do UNIDROIT também existem dispositivos que dizem respeito da teoria: (1) Una parte puede resolver el contrato si la falta de cumplimiento de una de las obligaciones de la otra parte constituye un incumplimiento esencial. (2) Para determinar si la falta de cumplimiento de una obligación constituye un incumplimiento esencial se tendrá en cuenta, em particular, si: (a) el incumplimiento priva sustancialmente a la parte perjudicada de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, a menos que la otra parte no hubiera previsto ni podido prever razonablemente ese resultado; (b) la ejecución estricta de la prestación insatisfecha era esencial según el contrato; (c) el incumplimiento fue intencional o temerario; (d) el incumplimiento da a la parte perjudicada razones para desconfiar de que la otra cumplirá en el futuro; (e) la resolución del contrato hará sufrir a la parte incumplidora una pérdida desproporcionada como consecuencia de su preparación o cumplimiento. (3) En caso de demora, la parte perjudicada también puede resolver el contrato si la otra parte no cumple antes del vencimiento del período suplementario concedido a ella según el Artículo 7.1.5.

²³⁹ TARTUCE, Flávio. Teoria do adimplemento substancial na doutrina e na jurisprudência. **Jornal Carta Forense**, São Paulo, 2 abr. 2015. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/teoria-do-adimplemento-substancial-na-doutrina-e-na-jurisprudencia/15191>>. Acesso em: 29 jun. 2016. Em complemento ao exposto, é oportuno o esclarecimento trazido por Jones Figueiredo Alves sobre a teoria do adimplemento substancial: [...] o suporte fático que orienta a doutrina do adimplemento substancial, como fator destrutivo do direito de resolução do contrato por inexecução obrigacional, é o incumprimento insignificante. Isto quer dizer que a hipótese da resolução contratual por inadimplemento haverá de ceder diante do pressuposto do atendimento quase integral das obrigações pactuadas, em posição contratual na qual se coloca o devedor, não se afigurando razoável a extinção do contrato. ALVES, Jones Figueiredo. A Teoria do adimplemento substancial (“substancial performance”) do negócio jurídico como elemento impediante ao direito de resolução do contrato. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coord.). **Novo código civil: questões controvertidas**. São Paulo: Método, 2005. v. 4. p. 406.

extinção, mas apenas os demais efeitos jurídicos, tais como a cobrança ou o pedido de indenização por perdas e danos.

Dessa forma, a teoria do adimplemento substancial tem como principal objetivo a manutenção da relação contratual, visto que limita a possibilidade do credor insatisfeito de resolver o negócio pactuado, quando o cumprimento essencial da prestação já foi feito pelo devedor.²⁴⁰

De acordo com a teoria, a extinção contratual somente é justificável se o dano sofrido pelo devedor seja de tal dimensão a ponto de não ser possível o cumprimento do negócio, em razão da desarmonia criada entre as partes.

Neste sentido, é oportuna a ponderação de Anelise Becker:

[...] o inadimplemento ou o adimplemento inútil são causas de desequilíbrio porque privam uma das partes da contraprestação a que tem direito. Por isso se lhe concede o direito de resolução, como medida preventiva. Mas, para que haja efetivamente um desequilíbrio, algo que pese na reciprocidade das prestações, é necessário que tal inadimplemento seja significativo a ponto de privar substancialmente o credor da prestação a que teria direito.²⁴¹

Observa-se que a aplicação da teoria do adimplemento substancial depende de significativo cumprimento obrigacional.²⁴² Em se tratando dos critérios para se estabelecer a equidade deste implemento, a doutrina se mostra omissa, vez que não trata com clareza sobre o assunto.

Ainda que limitado o suporte doutrinário, a aplicação da teoria do adimplemento substancial revelou-se valorosa no contexto do direito civil contemporâneo, vez que a referida teoria busca a preservação dos negócios jurídicos e o reequilíbrio das relações contratuais, em razão da interpretação e aplicação das normas ao caso concreto.²⁴³

²⁴⁰ O professor Eduardo Luiz Bussata aduz que a recepção da teoria do adimplemento substancial pela doutrina brasileira está em consonância com a função de controle da boa-fé objetiva e da função social do contrato, visto que o instituto constitui um limite ao exercício desequilibrado do direito à resolução ante a pequenez do inadimplemento, além de preservar a relação contratual. BUSSATA, Eduardo Luiz. Princípio da conservação dos contratos. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. (Coord.). **Direito contratual: temas atuais**. São Paulo: Método, 2007. p. 162.

²⁴¹ BECKER, Anelise. **A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparativista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1993. p. 60-61.

²⁴² No mesmo sentido é a lição de Ruy Rosado de Aguiar: a prestação imperfeita, mas significativa de adimplemento substancial da obrigação, por parte do devedor, autoriza pedido de indenização, porém não o de resolução. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (resolução)**. Rio de Janeiro: Aide, 1991. p. 124.

²⁴³ Para Anderson Schreiber, o grande desafio da doutrina está na fixação dos parâmetros que permitam ao Poder Judiciário determinar no caso concreto, se o adimplemento afigura-se substancial ou não, o que tem levado os tribunais a reconhecerem o adimplemento substancial apenas em abordagem quantitativa, quando se verifica o cumprimento do contrato, faltando apenas uma prestação. SCHREIBER, Anderson. Boa-fé objetiva e adimplemento substancial. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. (Coord.). **Direito contratual: temas atuais**. São Paulo: Método, 2007. p. 139.

O Superior Tribunal de Justiça vem proferindo reiteradas decisões fundamentadas na teoria do adimplemento substancial. Quanto ao respaldo utilizado para o emprego da teoria, estes são, essencialmente, os princípios da função social e da boa-fé objetiva, consagrados como norteadores das relações contratuais, como se observa no seguinte acórdão:

DIREITO CIVIL. CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL PARA AQUISIÇÃO DE VEÍCULO (LEASING). PAGAMENTO DE TRINTA E UMA DAS TRINTA E SEIS PARCELAS DEVIDAS. RESOLUÇÃO DO CONTRATO. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. DESCABIMENTO. MEDIDAS DESPROPORCIONAIS DIANTE DO DÉBITO REMANESCENTE. APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL. 1. É pela lente das cláusulas gerais previstas no Código Civil de 2002, sobretudo a da boa-fé objetiva e da função social, que deve ser lido o art. 475, segundo o qual "[a] parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos". 2. Nessa linha de entendimento, a teoria do substancial adimplemento visa a impedir o uso desequilibrado do direito de resolução por parte do credor, preterindo desfazimentos desnecessários em prol da preservação da avença, com vistas à realização dos princípios da boa-fé e da função social do contrato. [...]. 4. Não se está a afirmar que a dívida não paga desaparece, o que seria um convite a toda sorte de fraudes. Apenas se afirma que o meio de realização do crédito por que optou a instituição financeira não se mostra consentâneo com a extensão do inadimplemento e, de resto, com os ventos do Código Civil de 2002. Pode, certamente, o credor valer-se de meios menos gravosos e proporcionalmente mais adequados à persecução do crédito remanescente, como, por exemplo, a execução do título. 5. Recurso especial não conhecido.²⁴⁴

Assim sendo, o entendimento da jurisprudência pugna que, ainda que exista o inadimplemento da obrigação, é imperativo que sejam consideradas a função social do contrato e da boa-fé objetiva para a manutenção do negócio jurídico firmado, evitando, assim, a sua indesejada extinção.

No que tange o princípio da função social, o ministro Luis Felipe Salomão, em seu voto, entendeu que hodiernamente os contratos deixaram de ser utilizados simplesmente para a formalização dos negócios jurídicos, propiciando mais do que apenas a circulação de riquezas, consubstanciando a forma de realização social da pessoa humana, que constitui o meio de acesso a bens e serviços que lhe dão dignidade.²⁴⁵

Observa-se, portanto, que o entendimento do STJ coaduna-se com a nova perspectiva trazida pelo Código de Reale, que pressupõe que os contratos vão além da simples satisfação do interesse particular, sendo inseridos no meio social com a finalidade de cumprir a sua função primordial, que decorre dos valores de solidariedade e igualdade substancial.

²⁴⁴ STJ. REsp. 1.051.270. Quarta Turma. Rel. Min: Luis Felipe Salomão. Dj. 04/08/2011.

²⁴⁵ STJ. REsp. 1.051.270. Quarta Turma. Rel. Min: Luis Felipe Salomão. Dj. 04/08/2011. Voto do Ministro Relator. p. 4.

Por sua vez, o Conselho de Justiça Federal em 2006 aprovou o enunciado n. 361, na *IV Jornada de Direito Civil*, visando dar orientação doutrinária à interpretação do código civil, ao dispor: “Arts. 421, 422 e 475. O adimplemento substancial decorre dos princípios gerais contratuais, de modo a fazer preponderar a função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva, balizando a aplicação do art. 475.”

Portanto, observa-se que os princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato constituem a essência da teoria do adimplemento substancial, vez que visam à continuidade da relação obrigacional, a fim de evitar o uso desequilibrado do direito de resolução motivado pelo inadimplemento contratual.

Encerrando este tópico, insta demonstrar que a obrigatoriedade dos contratos também se depara com certos limites considerados na concepção clássica. Esses limites são a força maior e o caso fortuito.

Força maior ocorre quando o evento decorre de um fato da natureza, o qual é inevitável pelo indivíduo, ao passo que o caso fortuito se dá em situações nas quais o acontecimento é imprevisível pelo contratante e o impossibilitará de cumprir a prestação, independentemente de se tratar de fato vencível. A lição de Agostinho Alvim traz um complemento e demonstra com clareza esse raciocínio:

A distinção que modernamente a doutrina vem estabelecendo, aquela que tem efeitos práticos e que já vai se introduzindo em algumas leis, é a que vê no caso fortuito um impedimento relacionado com a pessoa do devedor ou com sua empresa, enquanto que a força maior é um acontecimento externo. Tal distinção permite estabelecer uma diversidade de tratamentos para o devedor, consoante o fundamento da sua responsabilidade. Se esta fundar-se na culpa, bastará o caso fortuito para exonerá-lo. Com maioria de razão o absolverá a força maior. Se a sua responsabilidade fundar-se no risco, então o simples caso fortuito não o exonerará. Será mister que haja força maior ou, como alguns dizem, caso fortuito externo. [...]. A força maior, portanto, é o fato externo que não se liga à pessoa, ou empresa, por nenhum laço de conexidade. Enquanto que o caso fortuito, propriamente, traduz a hipótese em que existe aquele nexo de causalidade.²⁴⁶

Ambos independem da vontade do contratante e, dentro do sistema de responsabilidade subjetiva, funcionam como excludentes da culpabilidade. Abrangem a obrigatoriedade do contrato, permitindo a extinção da relação contratual, através da resolução por inexecução contratual involuntária, sem o ressarcimento de perdas e danos.²⁴⁷

Pode-se concluir que esse princípio, na concepção clássica do contrato, se justificava em face da igualdade que esse arquétipo demandava. Assim, se o contrato era celebrado entre

²⁴⁶ ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 330

²⁴⁷ SANTIAGO, Mariana Ribeiro. **Princípio da função social do contrato**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 39.

pessoas com total possibilidade de disposição, em igualdade real de condições de negociação, o que fosse pactuado entre as partes deveria ser cumprido.

A força obrigatória dos contratos, no contexto atual do direito privado e em relação aos princípios fundantes do direito civil, revela-se como exceção ao princípio da socialidade, da função social e da boa-fé objetiva.²⁴⁸

Com base no que foi apresentado, é notável a inclinação da doutrina em conceber o princípio da força obrigatória no sentido de garantir a conservação da relação contratual, em consonância com os princípios sociais contratuais, o que talvez possa vir a superar a sua antiga visão.

O princípio da obrigatoriedade não é absoluto, encontrando seu limite no princípio da relatividade, vez que, em regra, o contrato obriga apenas as partes, não se estendendo essa força obrigatória a terceiros.

3.5 Princípio da relatividade dos efeitos

Conforme já visto, o contrato consubstancia os negócios jurídicos bilaterais, sendo a principal fonte do direito das obrigações, por onde as partes regulam seus direitos patrimoniais, objetivados pela congruência de vontades e interesses.

Tradicionalmente, a qualidade de parte é conferida àquele que manifesta a vontade durante a formação do contrato, sofrendo, portanto, os seus efeitos. Catherine Guelfucci-Thibierge²⁴⁹ aduz que parte é a pessoa submetida ao efeito obrigatório do contrato por efeito da sua vontade ou pela lei. Parte, portanto, é a pessoa que emite a declaração de vontade com o escopo de vincular-se ao contrato e assumir os direitos e as obrigações dele advindos.

Dessa forma, o princípio da relatividade dos efeitos do contrato apregoa que o acordo de vontades vale entre as partes contratantes, não beneficiando, nem prejudicando terceiros que dele não participaram, já que ninguém pode se tornar devedor ou credor sem sua plena anuência. Esse princípio norteia a eficácia derivada do contrato, delimitando sua abrangência.

²⁴⁸ TARTUCE, Flávio. **Função social dos contratos**: do código de defesa do consumidor ao código civil de 2002. São Paulo: Método, 2007. p. 187. A título de exemplo, o Superior Tribunal de Justiça reflete esse entendimento na súmula 302: É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado.

²⁴⁹ GUELFUCCI-THIBIERGE, Catherine. De l'élargissement de la notion de partie au contrat à l'élargissement de la portée du principe de l'effet relatif. **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, Paris, n. 2, p. 281, abr./jun. 1994.

O contrato, resultado do princípio da *pacta sunt servanda*, somente produz efeitos entre as partes contraentes,²⁵⁰ como se observa na lição de Clóvis Beviláqua: “Os direitos obrigacionais consistem exclusivamente em prestações, actos positivos ou negativos, pelo que se fixam apenas no acto ou facto a ser executado, e somente podem ferir a pessoa que se acha vinculada pela obrigação no momento do seu cumprimento.”²⁵¹

Com efeito, o princípio da relatividade dos efeitos dos contratos abarca os efeitos contratuais do ponto de vista subjetivo, ou seja, em relação às pessoas que esses efeitos atingem, na acepção ativa, passiva ou à sua oponibilidade.²⁵² O princípio referido já estava previsto no Código de Justiniano, que enfatizava: *inter alios acta vel iudicata aliis non nocent*.²⁵³

Nesse sentido, insta colacionar a análise de Enzo Roppo:

Os compromissos contratuais vinculam, com força de lei, as partes que os assumem, não podendo criar obrigações a cargo de terceiros estranhos ao contrato. Compromissos ou mesmo efeitos negativos sobre o patrimônio das pessoas podem derivar da vontade das próprias, ou eventualmente da lei, mas não da vontade de outros sujeitos. Este princípio – dito da *relatividade dos efeitos contratuais* – exclui que a posição jurídica de um sujeito possa ser *juridicialmente* atingida e lesada por um contrato celebrado entre outros sujeitos.²⁵⁴

Essa conformação das partes contratantes ao conteúdo do contrato representa a mais pura demonstração da autonomia da vontade na perspectiva da doutrina clássica, ao restringir a eficácia dos efeitos do contrato somente às partes envolvidas no pacto.²⁵⁵

²⁵⁰ Além da relatividade dos efeitos em relação às partes, Orlando Gomes afirma que esse princípio atinge igualmente o objeto, de forma que o contrato terá efeito somente em relação às coisas que distinguem a prestação. GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 44.

²⁵¹ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das obrigações**. Rio de Janeiro: Rio, 1977. p. 22-23.

²⁵² SANTIAGO, Mariana Ribeiro. **Princípio da função social do contrato**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 40.

²⁵³ No Código Civil inexistia qualquer texto que faça menção ao princípio da relatividade, diferentemente do Código Civil de 1916, que trazia em seu corpo, no art. 928, o fundamento deste princípio: A obrigação, não sendo personalíssima, opera, assim entre as partes, como entre os seus herdeiros. Igualmente, os diplomas espanhol, francês e italiano positivavam a relatividade dos efeitos, respectivamente: Código Civil espanhol: art. 1257: Los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos; salvo, en cuanto a estos, el caso en que los derechos y obligaciones que proceden del contrato no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por pacto, o por disposición de la ley. Código Civil francês, art. 1165: Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121. As convenções só têm efeito entre as partes contratantes; elas não afetam terceiros, e eles somente serão beneficiados no caso previsto pelo artigo 1.121. Código Civil italiano, art. 1372: Il contratto ha forza di legge tra le parti. (1671, 2227). Il contratto non produce effetto rispetto ai terzi che nei casi previsti dalla legge (1239, 1300 e seguente, 1411, 1678, 1737). O contrato tem força de lei entre as partes. O contrato não produz efeito a respeito de terceiros, a não ser nos casos previstos em lei (1239, 1300 e seguintes, 1411, 1678, 1737) (tradução nossa).

²⁵⁴ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 129-130.

²⁵⁵ MULHOLLAND, Caitlin. O princípio da relatividade dos efeitos contratuais. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. (Coord.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 259.

Tal entendimento tem fundamento no juízo liberalista de que uma pessoa não pode ser forçada a ser parte em uma relação jurídica indesejada, nem imposta por lei, algo que sempre foi visto como um fator de segurança jurídica, por evitar surpresas para o indivíduo.

Partindo-se do intento de que terceiro é aquele alheio ao contrato ou à relação sobre a qual este estende seus efeitos, vale notar que os sucessores não podem ser considerados terceiros, visto que sua posição jurídica procede à dos contratantes, a quem substituem na avença, como parte.²⁵⁶

Há, portanto, uma substituição imediata, uma vez que os sucessores se investem dos direitos creditórios, ao passo que no tocante aos débitos do sucedido não ocorre o mesmo fato, pois a substituição se dá nos limites das forças da herança recebida.

Da mesma forma, não podem ser considerados terceiros o credor quirografário, o credor hipotecário diante do devedor alienou o bem dado em garantia, o terceiro a favor de quem se constituiu estipulação, o locador em relação ao locatário que subloca o imóvel, o fiador superveniente, o cedido na cessão de crédito, o devedor em face do terceiro sub-rogado e o gestor de negócios.

Com efeito, por um critério de exclusão, considera-se terceiro aquele que não participou da formação do contrato e, em regra, não sofrerá os efeitos dele em sua esfera jurídica. Diz-se em regra porque, conforme se verá no desenvolvimento deste estudo, existem situações em que o terceiro, muito embora não seja parte da relação contratual, estará sujeito aos efeitos positivos ou negativos do contrato.

A lição de Eduardo Santos Júnior é elucidativa nesse sentido:

Terceiro, em relação ao contrato, será, portanto, quem, no momento considerado, não for parte dele. Partes, no contrato, são os contratantes, aqueles que contrataram – emitiram as respectivas declarações negociais –, por si mesmos ou através de representante, voluntário ou legal, e, que, no momento considerado, continuem a ocupar essa posição ou aqueles que, por transmissão ou sucessão, inter vivos ou mortis causa, vieram a adquirir ou a ocupar a posição dos contratantes originários ou de quem, entretanto, haja passado a ocupar a posição destes. Terceiro, em relação ao direito de crédito, é quem não for sujeito na relação obrigacional, quem não for, pois, nem credor, nem devedor.²⁵⁷

²⁵⁶ Nesse sentido, insta aduzir as considerações de Luciano de Camargo Penteado. Para o referido professor, tal descrição refere-se à primeira espécie do gênero “terceiros”, qual seja a do terceiro em sentido amplo, ou *penitus extraneus*, que representa o sujeito de direitos mais distante das partes e do que se passa entre elas. Os *penitus extranei*, não somente deixam de figurar como parte do negócio. A eles não atingem os efeitos internos e nem mesmo agregam em seu patrimônio posições jurídicas de advindas de um contrato. PENTEADO, Luciano de Camargo. **Efeitos contratuais perante terceiros**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 43-44. No mesmo sentido: LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil. fontes das obrigações: contratos**. v. 3. 4. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1991. p. 108-109. RIPERT, Georges; BOULANGER, Jean. **Tratado de derecho civil segun el tratado de planiol**. Trad. Délia García Daireaux. Buenos Aires: La Ley, 1964. v. 1. t. 4. p. 343.

²⁵⁷ SANTOS JÚNIOR, Eduardo. **Da responsabilidade civil de terceiro por lesão ao direito de crédito**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 489.

Superada a distinção entre parte e terceiro, observa-se que o componente primário que constrói a lógica do princípio corresponde aos efeitos internos do contrato, isto é, os direitos e obrigações dos contratantes apenas a eles se limitam, reduzem e circunscrevem. Seu efeito interno é concernente às pessoas intervenientes em sua formação e quanto ao objeto pactuado²⁵⁸.

Assim, o contrato não pode fugir do objeto pactuado ou mesmo atingir pessoas estranhas aos contratantes. Contudo, por ser um negócio jurídico, o contrato naturalmente produz certos efeitos que poderão prejudicar ou beneficiar terceiros que não foram parte no ajuste.²⁵⁹

Nesse sentido é oportuno trazer a ponderação de Miguel Maria de Serpa Lopes:

[...] a verdade é que nenhum de nossos atos se circunscreve, em seus efeitos, a nós mesmos ou aos que nele intervieram diretamente. Se, de um lado, constitui verdade indenegável a de que nenhum terceiro pode ser vinculado a um contrato no qual não consentiu, por outro lado, não menos incontestável é que a existência de uma obrigação, de um contrato ou de qualquer outro ato jurídico representa um fato social, e que, como tal, produz seus efeitos num meio social, com repercussões e reações em face de terceiros, que delas não podem escapar.²⁶⁰

Entretanto, como é possível observar, a relatividade não poderia ser absoluta, e encontra limitações no Código Civil, o que possibilita afirmar que os efeitos dos contratos afetam terceiros.²⁶¹

Sobre a impossibilidade da interpretação absoluta do princípio da relatividade, é de bom alvitre as considerações de Elsitá Elesbão:

²⁵⁸ COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 263-264.

²⁵⁹ Nesse sentido, assinala Jorge Mosset Iturraspe: “Subjetivamente, o contrato produz efeitos relativos. Só alcançam aos sujeitos da relação, as partes; não podendo prejudicar terceiros. Excepcionalmente pode aproveitá-los o terceiro. Sem embargo, o contrato é oponível a terceiros, posto que cria situações objetivas que os terceiros devem respeitar”. MOSSET ITURRASPE, Jorge. **Teoria general del contrato**: doctrina, legislacion, jurisprudência. Córdoba: Orbir, 1970. p. 336.

²⁶⁰ LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil. fontes das obrigações**: contratos. 4. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1991. v. 3. p. 109. Em complemento, Silvio de Salvo Venosa aponta outra aplicação para o princípio da relatividade, que se dá em relação ao objeto do contrato, que, em regra, não deve atingir terceiros: “Não deixamos de lado, contudo, a noção de que, sendo o contrato um bem tangível, tem ele repercussões reflexas, as quais, ainda que indiretamente, tocam terceiros, há outras vontades que podem ter participado da avença e não se isentam de determinados efeitos indiretos do contrato, como no caso de contrato firmado por representante. Também aquele que redige o contrato, ou aconselha a parte a firmá-lo, pode vir a ser chamado por via reflexa para os efeitos do negócio.” VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011. v. 2. p. 385-386.

²⁶¹ A doutrina civilista francesa considerou por muito tempo o princípio da relatividade como um enunciado que continha uma verdade evidente, ao reproduzir o adágio latino *res inter alios acta aliis neque nocere neque prodesse potest*. Ulteriormente, a doutrina moderna reconheceu a insegurança que o referido princípio trazia, dada a impossibilidade de sua plena aplicação. RIPERT, Georges; BOULANGER, Jean. **Tratado de derecho civil segun el tratado de Planiol**. Trad. Délia García Daireaux. Buenos Aires: La Ley, 1964. v. 1. t. 4. p. 341-342.

[...] há certas pessoas, que ligadas aos contraentes por interesses outros, sofrem, até certo ponto, os efeitos do acordo negocial. São as pessoas que os civilistas franceses denominam de *les ayantcause desparties* (os que têm relação com as partes). Em regra, não é possível criar direitos e obrigações para alguém que não tenha participado da relação contratual. Mas há contratos que, não se inserindo na regra geral, estendem seus efeitos a outras pessoas, quer criando-lhes direitos, quer impondo-lhes obrigações. São exemplos: a estipulação em favor de terceiros (art. 1.098), que estende seus efeitos a outras pessoas, criando-lhes direitos e impondo-lhes deveres, apesar de elas serem alheias à constituição da avença, o contrato coletivo de trabalho (art. 611, da CLT), o contrato de seguro de vida no CC (art. 1.440), o fideicomisso *inter vivos* (art. 1733). São contratos em que o beneficiário, sem ter tido parte no ajuste, pode executá-lo como verdadeiro credor.²⁶²

Algumas exceções ao princípio são apontadas por Maria Helena Diniz²⁶³, como a responsabilidade dos herdeiros quanto aos encargos do espólio, previsto no artigo 1.792 do Código Civil e a estipulação em favor de terceiro, tratada nos artigos 436 e 438, cujos efeitos são estendidos a outras pessoas, criando-lhes direitos e impondo deveres, mesmo estes não sendo pretendidos na constituição da avença.

Por conseguinte, Flávio Tartuce²⁶⁴ aduz que um exemplo típico de estipulação em favor de terceiro é o que ocorre no contrato de seguro de vida, no qual uma terceira pessoa consta como beneficiária em caso de falecimento do segurado, sendo que este contrato foi celebrado entre o segurado e a seguradora, mas seus efeitos atingem um terceiro que não é parte na relação contratual.

O citado jurista também expõe outra exceção à relatividade dos efeitos do contrato, segundo as previsões dos artigos 17 e 29 do Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990, que conceitua o consumidor por equiparação ou *bystander*, cujos dispositivos tratam da responsabilidade civil e contratual dos prejudicados em função do evento, mesmo que não tenham relação direta de consumo com o prestador de serviços ou o fornecedor, podendo ingressar com ação visando à sua responsabilização objetiva.²⁶⁵

Tais dispositivos possibilitaram uma ampliação no conceito de parte envolvida no contrato, cobrindo hipóteses nas quais estão presentes os riscos advindos da prestação ou fornecimento de produtos ou serviços.

²⁶² ELESBÃO, Elisita Collor. **Princípios informativos das obrigações contratuais civis**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 145-146.

²⁶³ DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e prático dos contratos e curso de direito civil brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 3. p. 74.

²⁶⁴ TARTUCE, Flávio. **Direito civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. 5. ed. São Paulo: Método, 2010. v. 3. p. 134.

²⁶⁵ *Ibid.*, p. 136. Em complemento, Leonardo de Medeiros Garcia aduz que o conceito de *bystander* abrange não somente as pessoas físicas, recaindo também às pessoas jurídicas, de acordo com a redação do art. 2º do CDC, desde que a pessoa jurídica não seja destinatária final do produto ou serviço. GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do consumidor: código comentado e jurisprudência**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 197.

A jurisprudência expõe de maneira sistemática o raciocínio demonstrado:

EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA -- RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO - TERCEIRO EQUIPARADO AO CONSUMIDOR - INTELIGÊNCIA DO ART. 17, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - APLICABILIDADE DA REGRA ESPECIAL DE COMPETÊNCIA INSERIDA NO ART. 101, INC. I, DO CPC. O Código de Defesa do Consumidor preocupado com a figura dos "terceiros", também denominados bystanders, ou seja, aquelas pessoas estranhas à relação de consumo, mas que sofreram prejuízo em razão dos defeitos intrínsecos ou extrínsecos do produto ou serviço, mediante o preceito legal inserido em seu artigo 17, assegurou o ressarcimento dos danos causados às vítimas de vícios de qualidade. Logo, basta ser "vítima" de um produto ou serviço para ser privilegiado com a posição de consumidor legalmente protegido pelas normas sobre responsabilidade objetiva pelo fato do produto presentes no CDC. Trata-se de novo âmbito de tutela do consumidor: a vítima do acidente de consumo que, em virtude do disposto no artigo 17, do CDC, passa a ser equiparada ao consumidor. Desconsidera-se, a partir desse momento, se o tutelado, ora consumidor, qualifica-se como destinatário final do produto ou serviço; se houve a sua participação na relação de consumo ou não. Mostra-se suficiente que a vítima, para que seja equiparada ao consumidor, tenha sido atingida em sua esfera jurídica pelos efeitos do acidente de consumo, interessando a perquirição que ora se almeja, o conhecimento de que a pessoa foi atingida em sua incolumidade físico-psíquica ou em sua incolumidade econômica. [...]."²⁶⁶

É inegável que o princípio da relatividade dos efeitos contratuais representa um dos institutos mais tradicionais e respeitados do direito privado. O terceiro estranho à relação formada não pode ser constrangido a dela participar, ou mesmo ser afetado pelos efeitos do contrato, simplesmente por não estar envolvido no que foi ajustado entre as partes, o que caracteriza a sua ligação com o princípio da autonomia privada.

Sem embargo, a força que esse princípio possui pode ser relativizada em algumas situações, levando-se em consideração os princípios da boa-fé e da função social do contrato, visto que, na sociedade contemporânea, os contratos devem ser no mínimo oponíveis a terceiros, que podem ser atingidos pelos efeitos indiretos da avença.²⁶⁷

Nesse sentido é a lição de Cláudia Lima Marques:

[...] a nova concepção de contrato é uma concepção social deste instrumento jurídico, para qual não só o momento da manifestação da vontade (consenso) importa, mas onde também e principalmente os efeitos do contrato na sociedade

²⁶⁶ TAMG, Agravo de Instrumento 325007-1, Rel. Juiz Alvimar de Ávila, 13/12/2000.

²⁶⁷ VINAGRE, Marta Maria. A outra face do contrato. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, ano 12, n. 44, p. 109, 1988. No mesmo sentido é o pensamento de Judith Martins-Costa: "A autonomia contratual não é mais vista como um fetiche impeditivo da função de adequação dos casos concretos aos princípios substanciais contidos na constituição e a novas funções que lhe são reconhecidas. Por esta razão desloca-se o eixo da relação contratual da tutela subjetiva da confiança, diretriz indispensável para a concretização, entre outros, dos princípios da superioridade do interesse comum sobre o particular, da igualdade (em sua face positiva) e da boa-fé em sua feição objetiva." MARTINS-COSTA, Judith. Crise e modificação da ideia de contrato no direito brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 3, p. 141, set. 1992.

serão levados em conta e onde a condição social e econômica das pessoas nele envolvidas ganha em importância.²⁶⁸

Por conseguinte, Nelson Nery Júnior²⁶⁹ sustenta que a função social dos contratos consiste na ruptura ou ao menos no abrandamento do princípio da relatividade dos efeitos contratuais, tutelando interesses da coletividade ao relativizar a autonomia privada.

No entanto, o entendimento pela total ruptura do princípio da relatividade pode ser considerado um exagero, visto que é contrário à concepção da autonomia privada e do contrato como instrumento criador do vínculo obrigacional.²⁷⁰ Por sua vez, a quebra parcial da relatividade dos efeitos é coerente, principalmente em se tratando da tutela externa do crédito.²⁷¹

Nesse diapasão, a cláusula geral da função social dos contratos impõe limites à liberdade de contratar. Contudo, o objetivo do legislador não é esgotar essa liberdade, mas sim garantir a ordem social e a segurança jurídica, impedindo a formação de contratos que possam afetar direta ou indiretamente o meio social e econômico em que estão inseridos.

Por seu turno, Cláudio Luiz Bueno de Godoy²⁷² afirma que, além dos seus efeitos internos, a função social do contrato também possui efeitos externos. O efeito interno da função social é aquele que se projeta entre os contratantes, preocupando-se com a igualdade entre as partes, para que o contrato seja um instrumento equilibrado, ou seja, o efeito interno da função social interna assemelha-se à boa-fé objetiva, ao impor um comportamento ético entre as partes.

²⁶⁸ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 101. Complementando a ideia apresentada, Karl Engisch adverte que o princípio da relatividade dos contratos deve ser submetido a uma nova interpretação, conforme a Constituição, haja vista que a modificação das situações de fato e as concepções culturais e morais modernas conduzem a uma releitura da legislação anterior não revogada. A interpretação à luz da Constituição leva a um novo entendimento da legislação ordinária, bem como ao desenvolvimento dessa legislação, no sentido de harmonizá-la com a Constituição vigente. ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988. p. 322-323.

²⁶⁹ NERY JÚNIOR, Nelson. Contratos no código civil. apontamentos gerais. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; FRANCIULLI NETTO, Domingos. (Coord.). **O novo código civil: estudos em homenagem ao Prof. Miguel Reale**. São Paulo: LTr, 2003. p. 423.

²⁷⁰ Sobre a ruptura do princípio da relatividade dos efeitos do contrato, Rosalice Fidalgo Pinheiro e Frederico Eduardo Zenedin Glitz aduzem que ela ocorre de duas maneiras. A primeira delas se dá através das relações de consumo. A contratação em massa e a despersonalização dos contratantes conduzem a um regime de responsabilidade solidária que ultrapassa o vínculo contratual, possibilitando ao consumidor a pretensão de seus direitos decorrentes da relação de consumo em face do fabricante, responsabilizando-o por vício e por fato do produto. Para os referidos autores, a segunda hipótese refere-se à doutrina do terceiro cúmplice. PINHEIRO, Rosalice Fidalgo; GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. A tutela externa do crédito e a função social do contrato: possibilidades do caso “zeca pagodinho”. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. (Org.). **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. v. 2. p. 332-334.

²⁷¹ Esse argumento encontra-se refletido no enunciado n. 21 aprovado na I Jornada de Direito Civil *in verbis*: Art. 421: a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral a impor a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito.

²⁷² GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 148

O efeito externo da função social dos contratos é o qual da vida à oponibilidade do contrato e do direito subjetivo de crédito, ao apresentar as obrigações dos terceiros face às relações contratuais, tais como o dever de respeito e abstenção à execução contratual alheia.

Nesse sentido, é a lição de Marcel Fontaine: “*A l'égard des tiers tout comme entre parties, un contrat ne peut produire d'effet que s'il est établi dans son existence ou dans son contenu. Un contrat ne peut être opposé aux tiers que s'il est prouvé à leur égard, les tiers ne peuvent l'invoquer à leur profit que s'ils en démontrent la réalité.*”²⁷³

Dessa forma, o efeito externo do princípio da função social dos contratos insere o contrato no mundo da realidade jurídica de forma que ele não mais seja indiferente em relação a terceiros, originando assim, a necessidade de uma tutela externa do crédito²⁷⁴, que impõe ao terceiro uma obrigação de não violar contrato alheio que seja ou deva ser de seu conhecimento.

Por óbvio, o princípio da relatividade não poderia figurar como subterfúgio para que terceiros desrespeitassem o direito de crédito alheio por não ter consentido em sua criação²⁷⁵. Por tal razão, o princípio da função social limita o princípio da relatividade com vistas a garantir a responsabilização do terceiro que interferir prejudicialmente na realização do contrato.

Nesse sentido é a consideração de Teresa Negreiros:

²⁷³ FONTAINE, Marcel. Les effets “internes” et les effets “externes” des contrats. In: _____.; GHESTIN, Jacques. **Les effets du contrat à l'égard des tiers**. Paris: LGDJ, 1992. p. 46.

²⁷⁴ A necessidade da tutela do direito de crédito é patente a ponto de comprometer a segurança jurídica e o saudável padrão mercadológico da economia. A esse respeito, é elucidativa a lição de Patrícia Cardoso: “O crédito, face à sua importância atual na sociedade e ao aumento da intersubjetividade – diferentemente do que ocorria no período liberal, onde a propriedade imobiliária era a medida por excelência de circulação de riqueza -, não pode mais ser relegado, impondo-se sua valorização em relação aos direitos reais, o que repercute no reconhecimento da tutela externa do mesmo. A visão tradicional de que o direito de crédito estaria exaurido na relação que liga o credor ao devedor funda-se na dicotomia ‘absoluto-relativo’, de modo este seria apenas exercitável em face de pessoas determinadas, enquanto os direitos reais seriam exercidos pelo titular em relação à coletividade como um todo, gerando um dever geral de abstenção. Nesse sentido, trata-se o crédito como decorrente relação jurídica relativa, não levando em consideração outros aspectos também importantes, sendo certo que esta relação enquanto objetivamente existente, tem também uma projeção erga omnes, gerando deveres gerais de não prejudicá-la”. CARDOSO, Patrícia. 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**, Rio de Janeiro, v. 20, p. 138, out./dez. 2004.

²⁷⁵ Insta salientar que a expressão “direito de crédito” utilizada ao longo desta pesquisa refere-se ao direito subjetivo do credor que se origina através da celebração de um contrato, e não se confunde com o crédito decorrente de qualquer obrigação. Essa diferenciação é importante, visto que, para a melhor compreensão da análise da responsabilidade aquiliana do direito de crédito contratual em face de terceiros, tal esclarecimento afasta a possível confusão terminológica entre os direitos do credor. Essa expressão encontra-se nos seguintes autores: URBANO, Hugo Evo Magro Corrêa. A eficácia externa dos contratos e a responsabilidade civil de terceiros. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Doutrinas essenciais: obrigações e contratos: obrigações: função e eficácia**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. v. 3; BANDEIRA, Paula Greco. Fundamentos da responsabilidade civil do terceiro cúmplice. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 30, p. 79-127, abr./jun. 2007; NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. FONSECA, Ana Taveira da. **Da recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito**. Coimbra: Almedina, 2015; SANTOS JÚNIOR, Eduardo. **Da responsabilidade civil de terceiro por lesão ao direito de crédito**. Coimbra: Almedina, 2003, entre outros.

Numa sociedade que o constituinte quer mais solidária, não deve ser admitido que, sob o pretexto de que o direito de crédito é um direito relativo, possa tal direito ser desrespeitado por terceiros, que argumentam não ter consentido para a sua criação. Esta ótica individualista e voluntarista deve ser superada diante do sentido de solidariedade presente no sistema constitucional. [...] o princípio da função social cumpre o papel de explicar e limitar o princípio da relatividade, cujo sentido próprio não mais se deduz exclusivamente do princípio da autonomia da vontade.²⁷⁶

A tutela externa do crédito está positivada no art. 608 do Código Civil e consiste na captação do prestador de serviço já obrigado, por contrato, a prestar serviço para outrem. Assim, para que tal situação ocorra, o aliciador ofereceu ao prestador de serviços, vantagens melhores que o primeiro contratante, com a finalidade de atraí-lo para o novo vínculo contratual²⁷⁷.

Observa-se que o dispositivo visa proteger a existência do contrato celebrado e sua função social, ao proteger o contratante inicial contra a intromissão de terceiro que desrespeita o vínculo contratual, punindo assim a figura do terceiro cúmplice²⁷⁸.

O respeito à relação contratual formalizada é um tema amplamente explorado pela doutrina civil²⁷⁹, visto que representa um instrumento gerador de segurança jurídica, ao garantir o devido cumprimento do contrato firmado e sua função social. A esse respeito, é oportuno trazer o ensinamento de Luis Díez-Picazo e Antonio Gullón:

El efecto inmediato de la perfección de un contrato válido consiste en instaurar una reglamentación de la conducta de las partes, con el deber de su observancia. [...] Pero una cosa es que el contrato no pueda crear derechos u obligaciones para terceros sin su consentimiento, y otra distinta que estos terceros tengan que contar con él y con sus efectos. Los contratos que se van realizando se basan en situaciones jurídicas creadas por otros contratos anteriores, esto es un hecho cierto y verificable

²⁷⁶ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 208.

²⁷⁷ No mesmo sentido é o pensamento de Maurício Scheinman. Para o autor, o aliciamento do art. 608 traduz-se na intenção deliberada de retirar o prestador de serviços de outrem, com o qual já estava obrigado e em prestação de seu serviço. SCHEINMAN, Maurício et al. Arts. 579-721. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza; CLÁPIS, Alexandre Laizo. **Comentários ao código civil brasileiro: do direito das obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 6. p. 381-382.

²⁷⁸ O terceiro cúmplice, segundo Otávio Rodrigues Júnior, atua nas sombras, de maneira não ostensiva, visando impedir a execução plena do contrato ou mesmo a sua extinção normal, seduzindo um dos contraentes. RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. A doutrina do terceiro cúmplice: autonomia da vontade, o princípio *res inter alios acta*, função social do contrato e a interferência alheia na execução dos negócios jurídicos. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Doutrinas essenciais: obrigações e contratos: obrigações: função e eficácia**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. v. 3. p. 1241.

²⁷⁹ A doutrina francesa possui um vasto arcabouço teórico sobre os efeitos do contrato perante terceiros, conforme se observa nos estudos de juristas, tais como: AUBERT, Jean-Luc. A propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers. **Revista da Faculdade de Direito**, São Paulo, v. 103, p. 337-355, 2008; BACACHE-GIBEILI, Mireille. **La relativité des conventions et les groupes de contrats**. Paris: LGDJ, 1996; GHESTIN, Jacques. **Traité de droit civil: les obligations – les effets du contrat**. Paris: LGDJ, 1992; FONTAINE, Marcel; GHESTIN, Jacques. **Les effets du contrat à l'égard des tiers**. Paris: LGDJ, 1992; SAINT-HILAIRE, Philippe Delmas. **Le tiers à l'acte juridique**. Paris: LGDJ, 2000. O rol de estudiosos deste tema é meramente exemplificativo. Cumpre aduzir que um dos primeiros registros sobre a interferência de terceiros no contrato de que se tem notícia na literatura jurídica brasileira foi um estudo realizado pelo professor Alvino Lima, publicado pela Revista dos Tribunais no ano de 1962. LIMA, Alvino. A interferência de terceiros na violação do contrato. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 51, v. 315, p. 14-30, jan. 1962.

*siempre. Con razón decía Ihering que todo negocio jurídico produce un efecto reflejo para los terceros porque, al igual que ocurre en el mundo físico, todo hecho jurídico no se puede aislar en el mundo jurídico, sino que se relaciona entramando. La eficacia indirecta, refleja o mediata del contrato para los terceros se manifiesta ante todo en el deber de respeto de la situación jurídica que crea, que les obliga, si lo conocen, a lo celebrar con alguna de las partes otro contrato incompatible con el anterior para impedir su cumplimiento o frustrar el interés del otro contratante.*²⁸⁰

O princípio da função social considera o contrato como um fato social²⁸¹. O contrato, por sua vez, se torna uma operação que interessa à sociedade e não apenas às partes contratantes, o que demonstra que a liberdade de contratar deve ser exercida em conformidade com a sua função social, conforme preleciona o art. 421 do Código Civil.²⁸²

Assim sendo, o exercício da liberdade de contratar de maneira contrária a função social representa abuso do direito, pois desse exercício é violado um direito de crédito alheio, do qual o terceiro teve conhecimento.²⁸³

Conforme já visto, desnecessário se faz o comportamento prejudicial do terceiro, bastando apenas que ele e o devedor se coloquem em uma situação incompatível em relação ao contrato que estão realizando e o contrato já celebrado. Deste modo, estão delineados os fundamentos que embasam a responsabilidade do terceiro, uma vez demonstrado que o segundo contrato prejudica o primeiro, prejudicando, assim, a sua função social.

²⁸⁰ DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. **Sistema de derecho civil**: el contrato en general: la relación obligatoria. 10. ed. Madrid: Tecnos, 2012. v. 2. p. 83. No mesmo sentido, estão as hipóteses elencadas por Fernando Noronha quanto à existência da tutela externa do crédito. Para o referido professor, a tutela externa do crédito pode ser invocada quando um terceiro instiga o devedor a não cumprir com sua obrigação (indução ao descumprimento de negócio jurídico alheio) e quando um terceiro celebra com o devedor um contrato cujo conteúdo é incompatível com a obrigação assumida anteriormente perante o credor primitivo. NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**: fundamentos do direito das obrigações e introdução à responsabilidade civil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1. p. 462-463.

²⁸¹ Sobre o contrato como fato social, Mireille Bacache-Gibeili sustenta que o contrato não é unicamente um ato criador de obrigações, o qual faz nascer uma situação jurídica nova que pode tanto prejudicar terceiros, bem como os beneficiar. Para a autora, a oponibilidade do contrato é um efeito do seu reconhecimento como fato social, que pode se dar pelas partes contra os terceiros e vice-versa. BACACHE-GIBEILI, Mireille. **La relativité des conventions et les groupes de contrats**. Paris: LGDJ, 1996. p. 83.

²⁸² Nesse sentido, cumpre trazer à colação a lição de Leonardo Mattietto: “O reconhecimento de uma função social para o contrato atinge, em cheio, a noção de relatividade, pois o negócio deixa de ser algo que interessa apenas às partes, podendo suscitar, ainda que de maneira oblíqua ou reflexa, efeitos para terceiros. Na moderna dogmática obrigacional, não há que se confundir, a rigor, a relatividade do contrato – no sentido de que este é fonte de direitos e deveres para as partes – com uma suposta inoponibilidade para terceiros. Ainda que indiretamente, cada contrato pode beneficiar e prejudicar um grande número de pessoas, em relação aos quais seus efeitos podem ser oponíveis.” MATTIETTO, Leonardo. Princípios do direito obrigacional: função social e relatividade do contrato. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Rio de Janeiro, ano 6, n. 7, p. 203-204, dez. 2005.

²⁸³ Insta aduzir a advertência de Carlos Nelson Konder da necessidade de distinção entre o terceiro que tem conhecimento da relação obrigacional e aquele que a desconhece. Para o autor, o terceiro que tem interesse no cumprimento do contrato, mas desconhece a outra relação contratual, ou terceiro vítima, merece maior atenção quanto à incidência da função social, no sentido de responsabilizar o terceiro cúmplice, pois seria atingido injustamente pelo preceito disposto no código, visto que a sua intromissão foi acidental e não visava prejudicar nenhum contrato já celebrado. KONDER, Carlos Nelson. **Contratos conexos**: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados. Rio de Janeiro, Renovar, 2006. p. 71-72.

No entanto, a classificação da responsabilidade civil do terceiro cúmplice é discutível. Para a doutrina majoritária, a natureza da responsabilidade nessa hipótese é extracontratual, visto que somente o devedor poderia descumprir o seu dever de prestar, prejudicando a execução do contrato.

Nesse sentido é o pensamento de Fernando Noronha²⁸⁴, pois dessa forma estão violados os arts. 186 e 927 do Código Civil, sendo que as situações adequáveis à tutela externa do crédito correspondem ao ato ilícito, previsto no art. 186, do Código Civil, sendo cabível somente na hipótese em que o terceiro, motivado pelo interesse de causar dano ao contratante primitivo, age dolosamente, devendo, assim, ser obrigado a indenizar os danos causados.

Por sua vez, Antônio Junqueira de Azevedo²⁸⁵ é partidário do entendimento segundo o qual a tutela externa do crédito configura responsabilidade aquiliana, sendo que o elemento que distingue a responsabilidade contratual da extracontratual é a existência ou ausência de vínculo obrigacional entre a vítima e seu ofensor.

Partindo-se dessa ilação, o terceiro cúmplice responderá nos moldes da responsabilidade contratual pelo dano causado e incorrerá nas sanções impostas ao devedor inadimplente, nos moldes da solidariedade prevista no art. 942 do Código Civil, sendo responsabilizado como se contratante fosse e solidariamente, se o terceiro e o devedor concorreram para prejudicar o direito do credor.²⁸⁶

²⁸⁴ Para Fernando Noronha, a obrigação de indenizar, nesse caso, revela-se como responsabilidade subjetiva, fundada na culpa, sendo que somente nos casos de indução ao inadimplemento seria possível invocar a tutela externa do crédito, havendo o exercício abusivo do direito. NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações e introdução à responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1. p. 463-466. No mesmo sentido: LOPEZ, Teresa Ancona. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. (Coord.). **Comentários ao código civil: parte especial: das várias espécies de contratos**. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 7. p. 238.

²⁸⁵ 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 inadimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 87, v. 750, p. 119, abr. 1998. Em seu parecer, o referido professor sustenta a ocorrência de responsabilidade aquiliana da empresa atravessadora que vende combustíveis a um posto pertencente à determinada bandeira, por ele denominada “Oil”, quebrando assim, a exclusividade do contrato. No mesmo sentido: URBANO, Hugo Evo Magro Corrêa. A eficácia externa dos contratos e a responsabilidade civil de terceiros. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Doutrinas essenciais: obrigações e contratos: obrigações: função e eficácia**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. v. 3. p. 1080-1081. Díez-Picazo, Luis; GULLÓN, Antonio. **Sistema de derecho civil: el contrato en general: la relación obligatoria**. 10. ed. Madrid: Tecnos, 2012. v. 2. p. 89.

²⁸⁶ AZEVEDO, loc. cit. -A esse respeito, cumpre trazer um trecho de seu parecer: A responsabilidade do terceiro é, pois aquiliana. [...]. As distribuidoras que vendem combustíveis a postos “Oil”, quebrando a exclusividade contratualmente assegurada, estão, pois, a cometer *ato ilícito* (art. 159 do Código Civil); são elas *solidariamente* responsáveis pelas consequências do inadimplemento contratual praticado pelos postos “Oil”. Essa solidariedade está expressa na parte final do art. 1.518 do Código Civil: “Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado, e, *se tiver mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação.*” Os dispositivos citados pelo professor Antônio Junqueira de Azevedo em seu parecer pertencem ao Código Civil de 1916.

O ato de violação do direito de crédito impõe a obrigação de sua reparação. Ocorre, portanto, uma aproximação entre as responsabilidades extracontratual e contratual decorrente do princípio da solidariedade.

A imposição de deveres anexos, decorrentes da boa-fé objetiva, não se restringe aos contratantes, mas alcança terceiros, sendo que a violação dos deveres de lealdade e colaboração determina a sua responsabilidade.

Para cabo e fecho deste tópico, a releitura do princípio da relatividade dos efeitos do contrato à luz da função social apresenta uma natureza inovadora. Ao descurar-se de seu viés civilista clássico, caminha em direção de outros interesses, que não se restringem apenas às partes contratantes.

Nesse diapasão é o pensamento de Luciano de Camargo Penteado:

A função social do contrato, antes de princípio, é conceito legal indeterminado, cuja finalidade e consequências podem ser diversas, desde a implicar a nulidade até tornar a convenção ineficaz, como também tutelar os interesses de terceiros das formas apresentadas ao dessa Parte II. O princípio aponta para a necessária conexão social entre o exercício da autonomia privada e o conjunto de consequências sociais apresentadas. O que se demonstra, com a percepção do efeito contratual perante terceiro, é a inevitável ocorrência de externalidades, ora positivas, ora negativas. Ou seja, que o ato de contratar não remanesce nunca estranho ao conjunto de operações que ocorrem na vida social. [...]. Do ponto de vista da tutela do terceiro, parecem relevantes dois temas: a chamada *tutela externa* do crédito e os efeitos contratuais perante terceiros em sentido estrito.²⁸⁷

O conteúdo do princípio da função social do contrato, como se observa, ganha ares, de grande complexidade e ao mesmo tempo, de indispensável mecanismo de repersonalização do contrato.

Em outras palavras, a função social permite vincular, de forma dinâmica, a estrutura do direito contratual aos fatos jurídicos e os interesses privados aos valores esperados pela sociedade, consagrados no texto constitucional. Dessa forma, possibilita que o controle social não se limite ao exame de estruturas ou tipos abstratamente considerados, cedendo lugar ao exame do merecimento de tutela do tipo no caso concreto.

²⁸⁷ PENTEADO, Luciano de Camargo. **Efeitos contratuais perante terceiros**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 288. Em complemento, é interessante considerar o pensamento de Antônio Junqueira de Azevedo, ao reconhecer a ideia de função social do contrato, os terceiros não se tornaram partes do contrato, mas por sua vez não podem se comportar como se o contrato não existisse. 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 inadimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 87, v. 750, p. 116-117, abr. 1998.

3.6 Princípio do consensualismo

Os contratos consensuais, como já analisados anteriormente, figuravam como exceções no direito romano, sendo que a figura do consensualismo se desenvolveu por influência do direito canônico²⁸⁸, a partir do século XIII em diante. Foi, portanto, no transcurso da Baixa Idade Média que o respeito à palavra dada ganhou maior importância.²⁸⁹

Segundo Renato José de Moraes²⁹⁰, até o século XIII, o consensualismo não teria entrado no mundo jurídico, sendo necessária uma mudança de postura filosófica que rompesse com a mentalidade aristotélica e escolástica, as quais representavam a base do direito romano e medieval. Somente com o advento da Escola Culta, teria início o direito moderno e o consensualismo passaria a ser introduzido na doutrina jurídica dos contratos.

Os juristas adeptos à Escola Culta procuraram adequar o direito a novas ideias, com o objetivo de superar o direito medieval, o que ocasionou desdobramentos, tais como a sistematização do direito, a valorização do ensino jurídico, o intento de racionalização das leis, a concepção do direito como criação humana, vale dizer, uma tentativa de humanizar e atribuir funções ao direito.²⁹¹

Tais concepções formuladas pela Escola Culta e pelo estoicismo posteriormente abriram caminho para o consensualismo no direito contratual, como se observa nas legislações modernas.

²⁸⁸ Para Giselda Hironaka, a contribuição do direito canônico nesta etapa evolutiva se deu quando o descumprimento do avençado foi equiparado à mentira, sendo promovido à categoria de *peccatum*, visto que a palavra dada e o dever de fielmente mantê-la, revelavam a ideia de que nada é insuperável pelo consenso e que a ele tudo se sobrepõe. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Contratos reais e o princípio do consensualismo. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 84/85, p. 79-91. 1989/1990.

²⁸⁹ GILISSEN, John. **Introduction historique au droit**. 2. ed. Trad. Antonio Manuel Hespanha e Manuel Luís Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995. p. 731. Giselda Hironaka aduz que foi durante o direito justinianeu que os juristas bizantinos passaram a visualizar o acordo de vontades o verdadeiro pressuposto para a formação e existência do *contractus*, o que deu gênese ao princípio do consensualismo, com o afastamento exagerado da forma e com maior atenção à manifestação da vontade das partes. HIRONAKA, op. cit., p. 81. Em complemento ao exposto, Renato José de Moraes pondera que os contratos no direito romano não se formavam pelo consentimento mútuo, mas sim quando houvesse uma causa objetiva que deixasse evidente o desejo de vínculo jurídico entre as partes. MORAES, Renato José de. Consensualismo contratual. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Doutrinas essenciais: obrigações e contratos: obrigações: função e eficácia**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. v. 4. p. 235.

²⁹⁰ MORAES, Renato José de. Consensualismo contratual. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Doutrinas essenciais: obrigações e contratos: obrigações: função e eficácia**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. v. 4. p. 236.

²⁹¹ VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Trad. Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 496-506.

Segundo o princípio do consensualismo, acolhido no *Code*, preponderando desde o século XIX até os dias atuais, o contrato se perfaz pelo acordo de vontades.²⁹² A vontade é concebida como o elemento criador do contrato.²⁹³ Em regra, não é exigida nenhuma forma especial para o aperfeiçoamento do contrato, bastando apenas as manifestações de vontade que Orlando Gomes denomina operação intelectual.²⁹⁴

Nesse sentido é oportuno trazer as considerações de Caio Mário da Silva Pereira:

Ao se constituir o direito contratual moderno, já não encontrou obstáculo o princípio do consensualismo. Os sistemas de direito positivo consignaram a preeminência da regra segundo a qual o contrato se forma pelo consenso das partes. Retomou uma velha parêmia, *pacta sunt servanda*, não apenas para dizer que os contratos devem ser cumpridos (princípio da força obrigatória), mas para generalizar que qualquer ajuste, como expressão do acordo de vontade das partes, tem igual força cogente.²⁹⁵

Em verdade, o princípio do consensualismo preceitua que o simples acordo tem eficácia para dar gênese ao contrato, não se exigindo forma especial para a sua constituição. Entretanto, a legislação brasileira adverte que, em alguns tipos específicos de contrato, certas formalidades devem ser respeitadas, por razões de interesse social, propiciando maior segurança jurídica.²⁹⁶

²⁹² A filosofia sobre o consensualismo no século XVIII reflete a influência do pensamento cartesiano, adaptado na máxima: “Quero, logo obrigo-me”. Esse período ficou conhecido como a era do individualismo jurídico, marcado pela prevalência do interesse individual sobre as instituições tradicionais do direito, revelando o seu mais evidente dogma, qual seja a autonomia da vontade. GILISSEN, John. **Introduction historique au droit**. 2. ed. Trad. Antonio Manuel Hespanha e Manuel Luís Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995. p. 736-739.

²⁹³ Roberto Senise Lisboa aduz que o princípio do *pacta sunt servanda* promoveu a extensão dada ao princípio do consensualismo, que passou a dispensar as formalidades características para a formação do negócio jurídico. Entretanto, o legislador francês de 1804 optou por preservar em parte a natureza original do princípio, face à boa-fé e à lealdade recíproca dos contratantes. LISBOA, Roberto Senise. Princípios gerais dos contratos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 86, n. 745, p. 32, nov. 1997.

²⁹⁴ GOMES, Orlando. **Contratos**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 36. No mesmo sentido: DOWER, Nelson Godoy Bassil. **Instituições de direito público e privado**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1983. p. 226. RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 3. p. 35. MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil. direito das obrigações, 2ª parte**. v. 5. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 49; FIUZA, César. **Direito civil: curso completo**. 18. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 558.

²⁹⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 3. p. 9.

²⁹⁶ O Código Civil, no art. 107, prevê a forma livre de declaração da vontade. Cf. COSTA, Wagner Veneziani; JUNQUEIRA, Gabriel José Pereira. **Contratos: manual prático e teórico**. 40. ed. São Paulo: Madras, 2004. p. 22. Entretanto, em determinadas situações, a lei civil impõe que determinada solenidade ou requisito seja atendido, de forma a satisfazer o previsto no art. 104, inciso III, em leitura conjunta com o art. 166, inciso IV. A título de exemplo, podem ser considerados o art. 108 e o art. 1.245, § 1º. O mesmo ocorre em se tratando de contrato de doação, que deverá ser feito mediante escritura pública ou instrumento particular, salvo se os objetos doados forem bens móveis ou de pequeno valor (art. 541, CC). Aos contratos de fiança (art. 819) e seguro (art. 758) é indispensável à forma escrita. O contrato de penhor realizado por instrumento particular deve ser firmado pelas partes e lavrado em duplicata, devendo cada contratante ficar com um exemplar, podendo qualquer deles levá-lo a registro (art. 1.432 e Lei n. 6.015/73).

Irineu Strenger²⁹⁷ salienta que é no campo axiológico que se apresenta a noção fundamental de vontade, sendo esta um dos fatores constitutivos do valor, visto que a consciência humana percorre da passividade à atividade em função de dados que lhe impõem uma tomada de decisão.

Essa noção de vontade se assemelha ao entendimento elaborado pela corrente do voluntarismo que apenas reconhece como corretas e válidas as relações voluntárias ou contratos voluntários, tidas como relações livremente aceitas, ou livres de qualquer tipo de coerção.

Segundo essa corrente voluntarista, que teve enorme prestígio entre os civilistas franceses no século XIX, deve-se apreciar a vontade interna do indivíduo como fonte dos efeitos do ato jurídico.

Tal ideia influenciou a teoria clássica da autonomia da vontade, mas atualmente está superada pela noção de que a vontade declarada impera sobre a vontade interna, e que a vontade só afere efeitos aos atos jurídicos porque a lei atrela o efeito jurídico a esta.²⁹⁸

Como visto anteriormente, Enzo Roppo²⁹⁹ pondera que a vontade não deve ser compreendida na sua definição meramente formal, como fato psicológico individual do querer que se revela no íntimo, mas na definição de norte concreto em relação a certos interesses, devendo tornar-se exterior e socialmente reconhecível para auferir relevância e tutela da ordem jurídica.

Portanto, esse princípio do consentimento recíproco é “fundamento do contrato”.³⁰⁰

²⁹⁷ O referido professor salienta que a função da vontade no direito foi reiteradamente objeto de pesquisas realizadas por juristas e filósofos, o que suscitou diversas posições a respeito do tema, merecendo realce o voluntarismo, desenvolvido na fase de ascendência do direito natural, criando a tendência de se alicerçar o direito sobre a vontade, numa reação ao predomínio de uma metafísica jurídica. STRENGER, Irineu. **Autonomia da vontade em direito internacional privado**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1968. p. 40-41.

²⁹⁸ Ibid., p. 117-118.

²⁹⁹ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 301.

³⁰⁰ MENDONÇA, Manuel Ignácio Carvalho de. **Doutrina e prática das obrigações**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956. v. 2. p. 183.

CAPÍTULO 4 A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E A INTERPRETAÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA À LUZ DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Conforme se observa no estudo realizado no capítulo anterior, evolução dogmática do negócio jurídico faz com que hodiernamente se discuta o surgimento de uma nova teoria contratual, com a revisitação do sistema clássico pelo princípio da função social do contrato.

Em se tratando da interpretação dos tribunais no âmbito dos contratos, a adoção do princípio da função social é retraída, embora muito presente nos motivos subjacentes das decisões judiciais que relativizam o *pacta sunt servanda* e a autonomia privada.

Neste capítulo, portanto, será feita uma análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema função social do contrato. Foram colacionados e separados em grupos sessenta acórdãos, coletados entre o período de janeiro de 2012 e setembro de 2016.

O direito, entre os vários sistemas de regras às quais o homem está submetido, é uma ordem da sociedade, um fenômeno social, aparecendo como uma dialética da ordem e da prudência, que, em síntese, busca a solução prudente dentro da ordem.³⁰¹

A função jurisdicional, segundo Sálvio de Figueiredo Teixeira³⁰² é uma consequência da própria evolução política dos povos. É o poder-dever do Estado de aplicar o direito em um caso concreto e ter como característica essencial a substituição das partes pelo juiz na solução de conflitos de interesse.

Quanto ao seu desenvolvimento, seja ele nos casos de subsunção do fato à norma ou nos casos de integração de lacunas, Maria Helena Diniz³⁰³ salienta que a função jurisdicional ocorre em três níveis complementares e interdependentes, devendo primeiramente se obter o conhecimento do conflito social, a informação sobre a norma a ser utilizada no caso concreto, de acordo com os parâmetros legais e a avaliação prudente, que redimensiona a norma geral no sentido de produzir a norma jurídica individual.

Os juízes são chamados a aplicar o direito aos casos concretos. Para tanto, devem fazer uma prévia interpretação das normas jurídicas, nem sempre obtidas com o esforço

³⁰¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Interpretação e aplicação das normas jurídicas. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui. (Org.). **Doutrinas essenciais**: direito civil: parte geral. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. v. 1. p. 1284-1285.

³⁰² TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A jurisprudência como fonte do direito e o aprimoramento da magistratura. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui. (Org.). **Doutrinas essenciais**: direito civil: parte geral. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. v. 1. p. 1044.

³⁰³ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 303-304.

intelectual de um único juiz, razão pela qual a jurisprudência não se forma com poucas sentenças, exigindo uma série de julgados que guardam relação entre si quanto à sua substância.³⁰⁴

A interpretação das normas é essencial para a aplicação do direito, bem como o seu tratamento como ciência. Luís Recaséns Siches³⁰⁵ aduz que, sem interpretação, é impossível o funcionamento de qualquer ordem jurídica.

Sobre essa prévia interpretação das normas com posterior aplicação prática, é oportuna a lição de Hans Kelsen:

Como qualquer outra ciência empírica, a jurisprudência normativa descreve o seu objeto particular. Mas o seu objeto são normas, e não padrões de conduta efetiva. Os enunciados por meio dos quais ela descreve as normas em sua conexão específica dentro de uma ordem jurídica não são, eles próprios, normas. Apenas as autoridades criadoras de Direito podem emitir normas. Os enunciados de dever ser nos quais o teórico do Direito expõe as normas têm uma significação meramente descritiva; eles, por assim dizer, reproduzem descritivamente o “dever ser” das normas.³⁰⁶

Observa-se, por sua vez, que a jurisprudência participa do fenômeno da produção do direito normativo, constituindo apreciável força supletiva do direito, ao exigir do julgador sabedoria e virtude no momento da interpretação e aplicação da lei escrita.³⁰⁷

O termo jurisprudência, de acordo com Orlando Gomes³⁰⁸, já foi historicamente empregado como sinônimo de ciência do direito, porém, atualmente, seu significado técnico é mais restrito, ao compreender o conjunto de decisões dos tribunais sobre a mesma matéria.

Em que pesem as discussões sobre a classificação da jurisprudência como fonte formal do direito, tal tema é rico e exige um aprofundamento que foge ao objeto que este capítulo pretende analisar.

Importam, para o presente estudo, os parâmetros utilizados pelo STJ, bem como analisar se tais interpretações correspondem às necessidades sociais.

³⁰⁴ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 167-168.

³⁰⁵ SICHES, Luís Recaséns. **Introducción al estudio del derecho**. 2. ed. Buenos Aires: Porrúa, 1972. p. 211.

³⁰⁶ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. 4. ed. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 237.

³⁰⁷ RAO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. p. 273. Em complemento, cumpre aduzir a lição de Washington de Barros Monteiro: “É a jurisprudência que forçosamente segue o homem e o escuta sempre. O homem não lhe impõe seus arestos, mas, por sua livre vontade, força-a a pronunciar-se.” MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: Parte geral**. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1. p. 21.

³⁰⁸ GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 35-36. No mesmo sentido: GILISSEN, John. **Introduction historique au droit**. 2. ed. Trad. Antonio Manuel Hespanha e Manuel Luís Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995. p. 505; HECK, Luís Afonso. As fontes do direito. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui. (Org.). **Doutrinas essenciais: direito civil: parte geral**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. v. 1. p. 555.

Outro ponto que merece atenção é o controle das decisões judiciais com fundamento no art. 421 do Código Civil, que pelos seus desdobramentos é possível obter judicialmente a proibição de uma contratação, a determinação que um contrato seja celebrado ou mantido, bem como o reconhecimento da validade de uma cláusula contratual que limita a liberdade de contratar dos contratantes.³⁰⁹

Pelo sistema do processo civil, a via de acesso para a discussão no Superior Tribunal de Justiça é pelo recurso especial, por inobservância ao art. 421 e também pela existência de divergência jurisprudencial de outros tribunais, de acordo com o art. 105, III, alíneas ‘a’ e ‘c’ da Constituição Federal.³¹⁰

Em se tratando da hipótese de desrespeito de outros dispositivos infraconstitucionais, todos deverão ser mencionados e arguidos, sob pena de violação da Súmula nº 283³¹¹ do STF, frequentemente utilizada pelo STJ³¹².

Por sua vez, existem alguns obstáculos à viabilidade do recurso especial. O primeiro encontra-se na Súmula n. 5 do STJ, que dispõe que “A simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial.”³¹³

O segundo reside no fato de o art. 421 ser uma cláusula geral, devendo seu conteúdo se amoldar de acordo com as especificidades do caso concreto, conseqüentemente entrando em conflito com a Súmula n. 7 do STJ, que prevê que “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.”

³⁰⁹ BERALDO, Leonardo de Faria. **Função social do contrato**: contributo para a construção de uma nova teoria. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 261.

³¹⁰ ANDRIGHI, Fátima Nancy. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. (Coord.). **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva : Almedina, 2013. p. 1452.

³¹¹ É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles.

³¹² AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. APLICABILIDADE DA LEI DE IMPROBIDADE AOS AGENTES POLÍTICOS. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. PEDIDO DE PRODUÇÃO DE PROVA INÓCUA. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DE UM DOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO RECORRIDO. SÚMULA N. 283 DO STF. DECISÃO QUE SE MANTÉM POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. [...] 2. A ausência de impugnação específica de um dos fundamentos nodais do acórdão recorrido enseja o não-conhecimento do recurso extraordinário, incidindo, o enunciado da Súmula n. 283 do STF, *verbis*: É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles. 3. É que configura princípio básico da disciplina dos recursos o dever que tem o recorrente de impugnar as razões da decisão atacada, por isso que, deixando de fazê-lo, resta ausente o requisito de admissibilidade consistente na regularidade formal, o que, à luz da Súmula n. 283/STF, conduz ao não-conhecimento do recurso interposto. 4. Os princípios da legalidade, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, da motivação das decisões judiciais, bem como os limites da coisa julgada, quando a verificação de sua ofensa dependa do reexame prévio de normas infraconstitucionais, revelam ofensa indireta ou reflexa à Constituição Federal, o que, por si só, não desafia a abertura da instância extraordinária. Precedentes. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF. AgRg no AI. 846.446/MG. Rel. Min. Luiz Fux. Dj. 13/09/2011).

³¹³ No mesmo sentido, Cf: Súmula 454 STF: Simples interpretação de cláusulas contratuais não dá lugar a recurso extraordinário.

Esse raciocínio é observado no seguinte acórdão:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE SEGURO AGRÍCOLA. REVISÃO DO JULGADO. APLICAÇÃO DAS SÚMULAS 5 E 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. A Corte de origem, longe de descumprir a função social do contrato, considerou subsistente e válido, tendo reconhecido os pressupostos para seu efetivo cumprimento. A modificação de tal premissa, no entanto, esbarra nos óbices sumulares n. 5 e 7 deste Tribunal. 2. Agravo regimental a que se nega provimento.³¹⁴

Entretanto, através da chamada valoração legal da prova, torna-se possível que o recurso especial seja apreciado sem esbarrar nas súmulas 5 e 7 do STJ, haja vista que verificar se a prova foi bem aplicada ou compreendida no caso concreto é diferente do seu simples reexame, pois se trata de uma questão de direito infraconstitucional, passível de controle via recurso especial.³¹⁵

Assim sendo, caberá ao STJ dizer se a situação levada ao seu conhecimento é violadora do art. 421 do Código Civil, não sendo necessário, portanto, reapreciar questões fáticas.³¹⁶

Por último, o simples fato de o magistrado preencher o conteúdo da cláusula geral da função social do contrato, de acordo com as peculiaridades do caso concreto, não significa que o recurso especial não poderá ser conhecido. Nesse sentido é o posicionamento de Eduardo Cambi e Paulo Nalin:

Diante de uma cláusula geral o magistrado faz mais do que simplesmente interpretar a regra por meio de critérios ou valores sociais contemporâneos. Cabe-lhe “concorrer ativamente para a formulação da norma”, inclusive para fins de estabelecimento das consequências jurídicas da sua violação, ou, em outras palavras, dizer qual será a sanção mais adequada, quando menos a sua extensão, ao caso concreto. [...] Por se tratar de violação à própria norma, construída pontualmente

³¹⁴ STJ. AgRg no AREsp 810.621/RS. 3ª Turma. Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze. Dj. 03/03/2016.

³¹⁵ VILLAR, Alice Saldanha. **Direito sumular**: STJ. Leme: Jhmizuno, 2015. p. 337. Nesse sentido são os precedentes do STF: Ainda que se possa atribuir à chamada valoração da prova a conotação de uma questão de direito, mister seria que estivesse essa questão vinculada a um tema constitucional, para que tivesse cabimento o recurso extraordinário, no regime da Constituição de 1988. STF, 1ª Turma: AI-AgR. 133242. Rel. Min. Octavio Gallotti. Dj: 29/09/1992; Agravo regimental. - Negar valor de prova a determinadas declarações é questão que se circunscreve ao âmbito da valorização da prova, matéria infraconstitucional que dá margem, no máximo, à ofensa indireta ou reflexa a Constituição, para cujo exame não é cabível o recurso extraordinário. Agravo que se nega provimento. STF, 1ª Turma: AI-AgR. 140087. Rel. Min. Moreira Alves. Dj. 04/08/1995; Agravo regimental. - Para se chegar à conclusão contrária à que chegou o acórdão recorrido, mister seria o reexame dos elementos probatórios para verificar-se se o devedor tem, ou não, meios para o pagamento da dívida. Ademais, ainda que se tratasse de valorização da prova, essa questão se situa no âmbito processual infraconstitucional, não dando margem, assim, ao cabimento do recurso extraordinário. Agravo a que se nega provimento. (STF, 1ª Turma. Ag. Reg. 147722. Rel. Min. Moreira Alves. Dj. 04/04/1997).

³¹⁶ BERALDO, Leonardo de Faria. **Função social do contrato**: contributo para a construção de uma nova teoria. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 263.

pelo juiz, no caso concreto, mais do que a regra de conceito indeterminado, o controle da cláusula geral, com maior razão, mostra-se viável pelos Tribunais Superiores.³¹⁷

É possível vislumbrar que tal raciocínio é coerente à luz do Novo Código de Processo Civil, ao prever, no art. 489, §1º, que:

Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso.

Para o novo CPC é essencial que fique claramente demonstrada a relação fática entre os conceitos indeterminados a serem aplicados ao caso concreto, o que aumenta o desafio da aplicação da função social do contrato.³¹⁸

Ainda no que diz respeito ao objeto estudado neste capítulo, nota-se que houve uma proliferação de decisões cujo tema função social do contrato é debatido, especialmente a partir do ano de 2005.³¹⁹ Entretanto, a aplicação do instituto da função social do contrato revela-se descontínua e perigosamente desvirtuada em determinados casos como se verá a seguir.

Insta aduzir, também, que a análise da jurisprudência selecionada guarda relação com a eficácia interna da função social, ao produzir efeitos entre as partes contratantes, visto que, na maioria das decisões, observa-se a atenuação da autonomia da vontade e principalmente do princípio do *pacta sunt servanda*.

Ao se admitir a eficácia interna da função social, fica desmistificada a falsa noção de que a função social seria aplicável somente quanto aos seus efeitos exógenos. A eficácia externa da função social não afasta a aplicação dos seus efeitos internos.³²⁰

Por óbvio, seria impossível esgotar a jurisprudência sobre a matéria, portanto o objetivo do presente capítulo é apenas ilustrar, com base em algumas decisões mais recentes e

³¹⁷ CAMBI, Eduardo; NALIN, Paulo. O controle da boa-fé contratual por meio dos recursos de estrito direito. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. v. 7. p. 95-96.

³¹⁸ Nesse sentido Cf: THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 310-312.

³¹⁹ Nesse sentido, confira-se: SANTIAGO, Mariana Ribeiro. **Princípio da função social do contrato**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 166.

³²⁰ Nesse sentido é oportuno colacionar o enunciado 360, aprovado na IV Jornada de Direito Civil, promovida pelo CJF: Art. 421: O princípio da função social dos contratos também pode ter eficácia interna entre as partes contratantes.

significativas, a recepção da função social do contrato pela Corte Superior, bem como a sua aplicação, visto que, durante o levantamento dos acórdãos, foram encontradas algumas inconsistências e contradições entre a doutrina e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e os próprios acórdãos desse Tribunal.

4.1 Os contratos de plano de saúde e a aplicabilidade da função social

A Constituição Federal, em seu art. 6º, prevê a existência de direitos fundamentais sociais, dentre eles a saúde, os quais têm aplicação imediata, nos termos do art. 5º, § 1º, assim como os outros direitos e deveres individuais e coletivos.³²¹ De acordo com a Carta Magna, a saúde é dever do Estado, facultando-se sua execução à iniciativa privada, que se dá de forma suplementar e por meio dos contratos de planos de saúde.

A preocupação com o direito fundamental à saúde é tema que já foi debatido pelo Poder Judiciário, sendo comum a propositura de ações com o objetivo de compelir a Administração Pública a prestar serviços médicos e fornecimento de medicamentos.

Segundo as diretrizes constitucionais, não se admite a existência de obstáculos ao acesso à saúde, visto que ela decorre de um mínimo existencial garantidor da dignidade da pessoa humana, não sendo razoável condicionar o direito fundamental à saúde a qualquer situação.

Nesse sentido é o entendimento formulado pelo Supremo Tribunal Federal:

PACIENTES COM ESQUIZOFRENIA PARANÓIDE E DOENÇA MANÍACO-DEPRESSIVA CRÔNICA, COM EPISÓDIOS DE TENTATIVA DE SUICÍDIO - PESSOAS DESTITUÍDAS DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS INDISPENSÁVEIS EM FAVOR DE PESSOAS CARENTES - DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, "CAPUT", E 196) - PRECEDENTES (STF) - ABUSO DO DIREITO DE RECORRER - IMPOSIÇÃO DE MULTA - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a

³²¹ A Constituição Federal de 1988 foi a primeira das cartas políticas a nivelar o direito à saúde como direito fundamental. As Constituições anteriores não tratavam do assunto como a atual Constituição o faz, disciplinando apenas algumas questões esparsas sobre a saúde. A título de exemplo, Constituição de 1824, em seu art. 179, XXXI, referia-se à proteção de "socorros públicos" e atribuía à União a competência para legislar sobre a defesa e proteção da saúde, no sentido de organização administrativa para combate às endemias e epidemias. Nesse sentido: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 622; SILVA, José Afonso. **Comentário contextual à constituição**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 781.

quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA, A PESSOAS CARENTES, DE MEDICAMENTOS ESSENCIAIS À PRESERVAÇÃO DE SUA VIDA E/OU DE SUA SAÚDE: UM DEVER CONSTITUCIONAL QUE O ESTADO NÃO PODE DEIXAR DE CUMPRIR. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, "caput", e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF. MULTA E EXERCÍCIO ABUSIVO DO DIREITO DE RECORRER. - O abuso do direito de recorrer - por qualificar-se como prática incompatível com o postulado ético-jurídico da lealdade processual - constitui ato de litigância maliciosa repellido pelo ordenamento positivo, especialmente nos casos em que a parte interpõe recurso com intuito evidentemente protelatório, hipótese em que se legitima a imposição de multa. A multa a que se refere o art. 557, § 2º, do CPC possui função inibitória, pois visa a impedir o exercício abusivo do direito de recorrer e a obstar a indevida utilização do processo como instrumento de retardamento da solução jurisdicional do conflito de interesses. Precedentes.³²²

Apesar de a saúde ser um dever do Estado, a Constituição Federal não afastou a atuação da iniciativa privada, vez que os arts. 197 e 199 referem-se expressamente à sua participação no sistema público de saúde, devendo tal prestação se dar de forma complementar.³²³

Dessa forma, a Constituição Federal faz a distinção entre serviços públicos de saúde e de assistência à saúde, sendo esta última exercida por entidades de caráter privado, que participam de forma complementar ao sistema único de saúde.³²⁴

Com efeito, em cumprimento à Constituição Federal, foi instituída a Lei nº 8.080/90, que dispõe sobre o Sistema Único de Saúde, de forma a regulamentar, em todo o território

³²² STF. REExt. 393175 AgR/RS. Órgão Julgador: 2ª Turma. Rel. Min. Celso de Mello. Dj. 12/12/2006.

³²³ SCHULMAN, Gabriel. **Planos de saúde: saúde e contrato na contemporaneidade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 202-203. Ao refutar a estatização da saúde no Brasil, a Constituição Federal consagrou a saúde como direito de todos e dever do Estado. Entretanto, ao permitir a atuação da iniciativa privada, foram impostas diretrizes para os contratos de plano de saúde. Nesse sentido: MORAES, Alexandre de **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 2054.

³²⁴ SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 788.

nacional, as atividades e os serviços relacionados à saúde, bem como a sua forma de execução, seja por pessoas naturais ou jurídicas, de maneira isolada ou em conjunto e em caráter permanente ou eventual.³²⁵

À luz da norma constitucional, o serviço de fornecimento de saúde, seja ele executado pelo Estado ou por empresas privadas, é de relevância pública, razão pela qual é necessária a regulação e a intervenção do Estado nesse tipo de serviço, quando prestado por pessoa jurídica alheia ao aparato estatal.³²⁶

Por sua vez, Armando Wesley Pacanaro³²⁷ aduz que o marco legislativo no setor da saúde complementar ocorreu com a Lei 9.656/98, ao apresentar em seu art. 1º, I, a terminologia atinente aos planos privados de assistência à saúde, ao descrever pormenorizadamente as atividades relativas à prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde do consumidor.³²⁸

Em se tratando de atividade econômica, o contrato de plano de saúde está submetido aos princípios gerais previstos no art. 170 da Constituição Federal, dentre os quais se destaca o inciso V, que versa sobre a defesa do consumidor.

Nesse contexto, Aurisvaldo Melo Sampaio assim leciona a respeito dos contratos de plano de saúde:

Não se trata de contrato qualquer. Sem que se pretenda, em absoluto, reduzir a importância de outros objetos contratuais, está-se lidando, nas avenças aqui estudadas, com cuidados relativos à saúde do ser humano, cuja relevância, no plano fático, e preeminência, no plano normativo constitucional, já foram objeto de análise. Merece realce, ademais, que a saúde suplementar, assim entendidos as ações e serviços de assistência à saúde implementados pela iniciativa privada, por intermédio dos planos de saúde, é de relevância pública, a teor do art. 197, da CF: Aliás, a própria edição da lei específica para regular os planos de saúde, com clara feição protetiva de um dos elementos da relação jurídica que disciplina, é manifestação expressa, como não poderia

³²⁵ FERREIRA, Jussara Borges; MORAES, Kelly Cardoso Mendes de. **Contratos bancários e de saúde: aplicabilidade do incidente de demandas repetitivas**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014. p. 115.

³²⁶ NERY JUNIOR, Nelson. Planos de saúde e contrato de prestação de serviços. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. (Org.). **Doutrinas essenciais em direito do consumidor: contratos de consumo**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. v. 4. p. 919.

³²⁷ PACANARO, Armando Wesley. Aplicabilidade do princípio da função social nos contratos de seguro-saúde e planos de saúde. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 105, p. 161-162, maio/jun. 2016.

³²⁸ Lei 9656/98: Art. 1º Submetem-se às disposições desta Lei as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, sem prejuízo do cumprimento da legislação específica que rege a sua atividade, adotando-se, para fins de aplicação das normas aqui estabelecidas, as seguintes definições: I - Plano Privado de Assistência à Saúde: prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando à assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor.

deixar de ser, do reconhecimento, pelo legislador infraconstitucional, da função social desse segmento do mercado de consumo.³²⁹

Assim sendo, com o influxo das normas previstas no Código de Defesa do Consumidor, a iniciativa privada atua em caráter suplementar ao sistema público e abrange a prestação direta de serviços de assistência à saúde, através de empresas operadoras de planos de saúde ou de seguradoras especializadas.

A relação estabelecida entre as operadoras de plano de saúde, segundo Roberto Pfeiffer³³⁰, é de consumo, visto que as operadoras prestam serviços mediante contratos, cujo objeto da prestação se dá de maneira reiterada, com pagamento de remuneração, enquadrando-se no conceito de fornecedores.

Considerando que os contratos de plano de saúde são desenvolvidos por empresas privadas, submetidas às normas consumeristas, o princípio da função social do contrato é aplicável em qualquer caso em que estejam insculpidos os arts. 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor.³³¹

A aproximação do diploma consumerista com a função social do contrato é tão evidente, que foi consolidada com a aprovação do enunciado 167, na III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho de Justiça Federal:

Arts. 421 a 424: Com o advento do Código Civil de 2002, houve forte aproximação principiológica entre esse Código e o Código de Defesa do Consumidor, no que respeita à regulação contratual, uma vez que ambos são incorporadores de uma nova teoria geral dos contratos.

Outro ponto que merece destaque é o reconhecimento da proteção à vida, bem jurídico maior a ser garantido em consonância com a dignidade da pessoa humana, coroando uma das premissas básicas do Direito Civil Constitucional, ao reconhecer a influência do princípio da dignidade da pessoa humana nas relações privadas.³³² Tal situação é reconhecida como eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

³²⁹ SAMPAIO, Aurisvaldo Melo. **O regime jurídico dos contratos de plano de saúde e a proteção do sujeito mais fraco das relações de consumo**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010. p. 200.

³³⁰ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Cláusulas relativas à cobertura de doenças, tratamentos de urgência e emergência e carências. In: MARQUES, Cláudia Lima; LOPES, José Reinaldo de Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. (Coord.). **Saúde e responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. p. 75-76.

³³¹ No mesmo sentido estão as súmulas 469 do STJ e 100 do TJSP, que reconhecem a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde.

³³² Nesse sentido confira-se: SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013. p. 589.

A dignidade da pessoa humana, segundo Claudio Luiz Bueno de Godoy³³³, é valor constitucional essencial que interessa à sociedade como um todo, sendo aplicada diretamente ao se constatar que a formação de um negócio jurídico contratual é coerente à função social dos contratos.

Além da dignidade da pessoa humana, os princípios constitucionais da solidariedade social e da isonomia (art. 3º, inciso I e art. 5º, caput, CF respectivamente) revelam-se como meios de aplicação do princípio da função social do contrato. Nesse sentido é o teor do enunciado 23, aprovado na I Jornada de Direito Civil, promovida pelo CJF:

Art. 421: A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.

Com o aumento do fenômeno do dirigismo contratual, o tema contratos de plano de saúde já foi tratado diversas vezes pelos tribunais em todo o Brasil, o que desperta a curiosidade pela análise dos julgados em lides dessa natureza, que acabaram se revelando um terreno fértil para a aplicação do princípio da função social do contrato como elemento limitador da autonomia privada e do *pacta sunt servanda*.³³⁴

Com efeito, a jurisprudência sobre os temas é meramente exemplificativa, visto que o universo de decisões sobre a incidência da função social do contrato nos contratos de saúde é quase infindável.

³³³ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 140. Em complemento vale aduzir as considerações de Gustavo Tepedino, ao afirmar que o princípio da dignidade da pessoa humana constitui uma verdadeira cláusula geral de tutela da personalidade, segundo a qual a validade dos negócios jurídicos está condicionada à sua adequação aos valores constitucionais, bem como a funcionalização do direito e a realização da pessoa humana. TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 65.

³³⁴ Nesse sentido, é possível vislumbrar a atitude proativa do Poder Judiciário ao discutir a abrangência das cláusulas do contrato de plano de saúde, reconhecendo-se o princípio da função social do contrato. Já decidiu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais que: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA DE REVISÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS CUMULADA COM INDENIZAÇÃO. PLANO DE SAÚDE. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. LIMITAÇÃO PARA TRATAMENTO MÉDICO. IMPOSSIBILIDADE. Nos casos de planos de saúde, cujo pagamento das mensalidades é intermediado pela associação, o associado não perde a titularidade para pleitear o pagamento do benefício. Dentre os objetivos almejados pelo Código de Proteção e Defesa ao Consumidor estão o equilíbrio e a razoabilidade contratual, para impedir definitivamente a onerosidade excessiva e a desvantagem exagerada. **A atual concepção de contrato impõe aos operadores do direito o dever de examiná-lo sob a ótica de sua função social, considerando sua importância dentro do contexto social onde é avençado, e não sob o império do pacta sunt servanda da outrora teoria clássica.** No contrato de prestação de serviço médico e hospitalar é vedado o estabelecimento de limites ao atendimento do usuário, que deve ficar submetido ao exclusivo critério médico, sob pena de privação dos próprios objetivos estabelecidos na avença. O reparo e a fixação do valor pertinente à reparação do dano moral deve ser de tal forma que provoque no agente da ação ou omissão um certo abalo financeiro, de modo a persuadi-lo a não perpetrar mais nos mesmos equívocos, e uma compensação satisfatória ao ofendido, pelo dano por ele suportado. (TJMG. Ap. Cível. 464.770-9. Rel. Des. Albergaria Costa. Dj: 16/03/2005).

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a relação direta entre o princípio da função social do contrato e os negócios jurídicos na área da saúde, em uma tentativa de oxigenar o tema, ao estabelecer que tais contratos são marcados pelos elementos da cooperação e solidariedade, cativos de longa duração e sob a influência dos princípios da boa-fé objetiva e da função social, com o escopo de assegurar o tratamento e segurança ao consumidor, que passou a ser vislumbrado como parceiro contratual.³³⁵

O acórdão a seguir ilustra esse entendimento:

SEGURO DE SAÚDE. RECURSO ESPECIAL. APRECIÇÃO ACERCA DE VIOLAÇÃO À RESOLUÇÃO. DESCABIMENTO. NATUREZA DA RELAÇÃO JURÍDICA. CONSUMO. PRAZO CONTRATUAL DE CARÊNCIA PARA COBERTURA SECURITÁRIA. POSSIBILIDADE. CONSUMIDOR QUE, MESES APÓS A ADESÃO DE SEU GENITOR AO CONTRATO DE SEGURO, VÊ-SE ACOMETIDO POR TUMOR CEREBRAL E HIDROCEFALIA AGUDA. ATENDIMENTO EMERGENCIAL. SITUAÇÃO-LIMITE EM QUE O BENEFICIÁRIO NECESSITA, COM PREMÊNCIA, DE PROCEDIMENTOS MÉDICOS-HOSPITALARES COBERTOS PELO SEGURO. INVOCAÇÃO DE CARÊNCIA. DESCABIMENTO, TENDO EM VISTA A EXPRESSA RESSALVA CONTIDA NO ARTIGO 12, V, ALÍNEA "C", DA LEI 9.656/98 E A NECESSIDADE DE SE TUTELAR O DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA. 1. "Lídima a cláusula de carência estabelecida em contrato voluntariamente aceito por aquele que ingressa em plano de saúde, merecendo temperamento, todavia, a sua aplicação quando se revela circunstância excepcional, constituída por necessidade de tratamento de urgência decorrente de doença grave que, se não combatida a tempo, tornará inócuo o fim maior do pacto celebrado, qual seja, o de assegurar eficiente amparo à saúde e à vida". (REsp 466.667/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 27/11/2007, DJ 17/12/2007, p. 174) 2. Diante do disposto no artigo 12 da Lei 9.656/98, é possível a estipulação contratual de prazo de carência, todavia o inciso V, alínea "c", do mesmo dispositivo estabelece o prazo máximo de vinte e quatro horas para cobertura dos casos de urgência e emergência. 3. Os contratos de seguro e assistência à saúde são pactos de cooperação e solidariedade, cativos e de longa duração, informados pelos princípios consumeristas da boa-fé objetiva e função social, tendo o objetivo precípuo de assegurar ao consumidor, no que tange aos riscos inerentes à saúde, tratamento e segurança para amparo necessário de seu parceiro contratual. 4. Os artigos 18, § 6º, III, e 20, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor preveem a necessidade da adequação dos produtos e serviços à legítima expectativa que o Consumidor tem de, em caso de pactuação de contrato oneroso de seguro de assistência à saúde, não ficar desamparado, no que tange à procedimento médico premente e essencial à preservação de sua vida. 5. Portanto, não é possível a Seguradora invocar prazo de carência contratual para restringir o custeio dos procedimentos de emergência, relativos a tratamento de tumor cerebral que acomete o beneficiário do seguro. 6. Como se trata de situação-limite em que há nítida possibilidade de violação ao direito fundamental à vida, "se o juiz não reconhece, no caso concreto, a influência dos direitos fundamentais sobre as relações privadas, então ele não apenas lesa o direito constitucional objetivo, como também afronta direito fundamental considerado como pretensão em face do Estado, ao qual, enquanto órgão estatal, está obrigado a observar". (RE 201819, Relator (a): Min. ELLEN GRACIE, Relator (a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, DJ

³³⁵ Nesse sentido, confira-se: MELLO, Heloísa Carpena Vieira de. Seguro-saúde e abuso de direito. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. (Org.). **Doutrinas essenciais em direito do consumidor: contratos de consumo**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. v. 4. p. 844-845.

27-10-2006 PP-00064 EMENT VOL-02253-04 PP-00577 RTJ VOL-00209-02 PP-00821) 7. Recurso especial provido para restabelecer a sentença.³³⁶

Por conseguinte, o STJ demonstrou preocupação com o caso concreto ao indicar expressamente o atendimento à função social do contrato no âmbito dos contratos de plano de saúde, ao fazer uma interpretação diferente do entendimento por ele consagrado, reconhecendo a necessidade de renovação do contrato coletivo de plano de saúde, na hipótese em que os beneficiários se encontravam em tratamento contínuo, conforme enuncia o seguinte acórdão:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. CONTRATO COLETIVO QUE BENEFICIA APENAS FAMÍLIA DO SÓCIO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. APLICABILIDADE. BENEFICIÁRIOS ACOMETIDOS DE DOENÇAS GRAVES. RESCISÃO UNILATERAL DO CONTRATO. IMPOSSIBILIDADE. QUEBRA DA BOA-FÉ OBJETIVA, OFENSA À FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. O STJ excepcionalmente admite a incidência do CDC nos contratos celebrados entre pessoas jurídicas, quando evidente que uma delas, embora não seja tecnicamente a destinatária final do produto ou serviço, apresenta-se em situação de vulnerabilidade em relação à outra. 2. No caso dos autos, embora se trate de contrato firmado por pessoa jurídica, o contrato coletivo de plano de saúde possui como beneficiários apenas três pessoas, familiares do sócio, estando demonstrada sua hipossuficiência, que justifica seu enquadramento na figura de consumidor. 3. A ausência de impugnação dos fundamentos do aresto recorrido enseja o não conhecimento do recurso, incidindo, por analogia, o enunciado das Súmulas 283 e 284 do Supremo Tribunal Federal. 4. "É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário" (Súmula 126/STJ). 5. Agravo interno não provido.³³⁷

³³⁶ STJ. REsp. 962.980/SP. Órgão Julgador: 4ª Turma. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Dj. 13/03/2012.

³³⁷ STJ. AgRg no REsp 1541849 / DF - Órgão Julgador: Quarta turma. Rel. Min. Raul Araújo. Dj. 15/10/2015. Sobre a rescisão unilateral imotivada dos contratos de plano de saúde, é dominante o posicionamento do Tribunal de Justiça de São Paulo quanto a manutenção dos contratos, de forma a atender o princípio da função social do contrato. PLANO DE SAÚDE COLETIVO. RESCISÃO UNILATERAL IMOTIVADA. IMPOSSIBILIDADE. OFENSA AO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL E DA BOA-FÉ. OFENSA AO CDC E À LEI Nº 9.656/98. JURISPRUDÊNCIA DESTA CÂMARA E DO TRIBUNAL. SENTENÇA MANTIDA RECURSO NÃO PROVIDO. Não é cabível a rescisão unilateral de contrato de plano ou de seguro saúde, mesmo que na modalidade coletiva. A cláusula contratual que autoriza a denúncia do ajuste ofende ao princípio da função social, da boa-fé e aos ditames do CDC, que incide no caso dos autos por força da Súmula nº 469, do STJ. Aplicação do art. 13, § único, inc. II, da Lei dos Planos de Saúde. Entendimento desta Câmara e da maioria da jurisprudência do Tribunal. Sentença mantida. Recurso não provido (TJSP. Ap. Cível. 1009132-70.2014.8.26.0100. 10ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Carlos Alberto Garbi. Dj. 28/06/2016.) PLANO DE SAÚDE – CONTRATOS COLETIVOS – INCIDÊNCIA DO CDC – RESILIÇÃO UNILATERAL ABUSIVA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. 1. Incidência do regime protetivo do consumidor também nos contratos coletivos de planos de saúde. 2. Muito embora as regras protetivas atinentes à resilição contratual sejam previstas para a contratação individual, a resilição dos contratos coletivos não pode ser feita de modo a desprezar a função social do contrato e os postulados da boa-fé objetiva. 3. Recurso desprovido. (TJSP. Ap. Cível. 1105791-44.2014.8.26.0100. 9ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Piva Rodrigues. Dj. 19/05/2015).

O caso o qual versa o acórdão se trata de recurso especial interposto pela empresa Golden Cross assistência internacional de saúde Ltda, contra a empresa Remo comercial de equipamentos Ltda – Me.

No voto do Ministro relator, houve o reconhecimento da hipossuficiência da recorrida, muito embora o entendimento da Corte seja no sentido da não aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor quando se trata de pessoa jurídica. Entretanto, houve aplicação textual do art. 2º, do CDC.³³⁸

O ponto central do voto do relator que se coaduna com a função social do contrato está no reconhecimento das peculiaridades especiais do presente caso que o levaram a concluir pela ilegalidade da não renovação do contrato, com base na aplicação do art. 13, inciso III da Lei 9.656/98, visto que dois dos três beneficiários do plano de saúde estavam submetidos a tratamento médico de doenças graves, razão pela qual não seria razoável haver uma interrupção.³³⁹

Contudo, os dispositivos contidos na lei 9.656/98 são suficientes para embasar a decisão em favor da parte hipossuficiente, deixando a função social do contrato fora de contexto, além de tal situação estar mais atrelada aos princípios da razoabilidade e da dignidade da pessoa humana, que seriam descumpridos se a rescisão do contrato se concretizasse.

Por sua vez, outra hipótese de reconhecimento da função social do contrato pelo Superior Tribunal de Justiça está em cancelar como abusivas cláusulas que limitam direitos do consumidor ou o custeio de tratamentos não cobertos pelo plano de saúde, quando tais tratamentos são necessários:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. NULIDADE DE CLÁUSULA CONTRATUAL. TRATAMENTO DE URGÊNCIA. ACOMPANHAMENTO DE RECÉM NASCIDA INTERNADA EM UTI. CUMPRIMENTO FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO. APLICAÇÃO DO CDC. PRECEDENTES. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A jurisprudência do STJ consolidou-se no sentido de que, ainda que admitida a possibilidade de o contrato de plano de saúde conter cláusulas limitativas dos direitos do consumidor, revela-se abusiva a cláusula restritiva de direito que exclui o custeio dos meios e materiais necessários ao melhor desempenho do tratamento clínico ou do procedimento cirúrgico coberto ou de internação hospitalar. 2. O Tribunal de origem considerou indevida a recusa de cobertura financeira do plano de saúde à autora, ora recorrida, para acompanhar sua filha recém nascida internada em UTI neonatal, visando à manutenção do aleitamento materno, 3. A análise das razões recursais e a reforma do aresto hostilizado, com a desconstituição de suas

³³⁸ STJ. AgRg no REsp 1541849/DF - Órgão Julgador: Quarta turma. Rel. Min. Raul Araújo. Dj. 15/10/2015. (voto do relator). p. 3.

³³⁹ STJ. AgRg no REsp 1541849/DF - Órgão Julgador: Quarta turma. Rel. Min. Raul Araújo. Dj. 15/10/2015. (voto do relator). p. 3-6.

premissas, impõem reexame de todo âmbito da relação contratual estabelecida e incontornável incursão no conjunto fático-probatório dos autos, o que esbarra nas Súmulas n. 5 e 7 do STJ. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.³⁴⁰

Muito embora o Superior Tribunal de Justiça tenha optado pela aplicação da função social dos contratos, a incidência da boa-fé objetiva, bem como das normas do Código de Defesa do Consumidor, oferece arcabouço normativo suficiente para o reconhecimento da nulidade e abusividade das cláusulas que limitam os direitos do consumidor nos contratos de plano de saúde.

O mesmo entendimento é vislumbrado nas ações que versam sobre a recusa injustificada para a realização de tratamento quimioterápico, dada a natureza duradoura do procedimento:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. NEGATIVA DE AUTORIZAÇÃO PARA A REALIZAÇÃO DE TRATAMENTO QUIMIOTERÁPICO, PRESCRITO POR MÉDICO ESPECIALISTA. FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO. DEVER DE CUSTEIO. SÚMULA 83/STJ. INCIDÊNCIA. IMPROVIMENTO. 1.- Incidência da Súmula 83/STJ: "Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida". Também se aplica o referido enunciado sumular quando o recurso especial tiver fundamento na alínea a do permissivo constitucional. 2. - O agravo não trouxe nenhum argumento novo capaz de modificar a conclusão alvitada, a qual se mantém por seus próprios fundamentos. 3.- Agravo Regimental improvido.³⁴¹

O consumidor, ao contratar os serviços de plano de saúde, tem a expectativa de que será prontamente atendido, independentemente da espécie de tratamento indicado pelo médico, de modo que qualquer óbice ao tratamento prescrito pelo médico representa uma afronta à função social do contrato, surpreendendo o consumidor com uma desvantagem em relação ao plano de saúde.

Por conseguinte, observa-se também a ocorrência de inúmeros acórdãos nos quais a expressão “função social do contrato” não é utilizada diretamente, mas é possível abstrair de seu conteúdo a referência:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. PLANO DE SAÚDE. LIMITAÇÃO DE INTERNAÇÃO. TRATAMENTO PSIQUIÁTRICO. COPARTICIPAÇÃO APÓS O TRIGÉSIMO

³⁴⁰ STJ. AgRg no AREsp. 618631/SP. Órgão Julgador: 4ª Turma. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Dj. 20/02/2015.

³⁴¹ STJ. AgRg no AREsp 155975 / SP. Órgão Julgador: 3ª Turma. Rel. Min. Sidnei Beneti. Dj. 22/05/2012. Observa-se o mesmo entendimento na súmula 95 do TJSP: Havendo expressa indicação médica, não prevalece a negativa de cobertura do custeio ou fornecimento de medicamentos associados a tratamento quimioterápico.

DIA DE INTERNAÇÃO. ABUSIVIDADE DA CLÁUSULA. NULIDADE. SÚMULA N. 302 DO STJ. SÚMULA N. 83 DO STJ. 1. Afasta-se a alegada violação do art. 535 do CPC quando o acórdão recorrido, integrado pelo julgado proferido nos embargos de declaração, dirime, de forma expressa, congruente e motivada, as questões suscitadas nas razões recursais. 2. É nula a cláusula em contrato de plano de saúde que limita o tempo de cobertura para internação psiquiátrica, estabelecendo coparticipação após o trigésimo dia de internação. 3. Não se conhece do recurso especial pela divergência quando a orientação do tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida. 4. Agravo regimental desprovido.³⁴²

É possível vislumbrar que supressão da expressão “função social do contrato” não trouxe prejuízo para a interpretação da corte superior, visto que novamente o referencial normativo é capaz de suprir qualquer deficiência interpretativa, o que torna questionável a presença, bem como a aplicação da função social dos contratos nos contratos de plano de saúde.

Com efeito, é importante aduzir que a lei 9.656/98 prevê em seu art. 12, inciso II, alíneas *a* e *b*, a vedação de limite de prazo para internação hospitalar, sendo esse direito cristalizado na súmula 302 do STJ³⁴³. Logo, qualquer cláusula contratual que limitar o número de dias ou a quantidade de internações é nula *ipso jure*.

Esse entendimento é precedente da Corte Superior:

Plano de saúde. Limite temporal da internação. Cláusula abusiva. 1. É abusiva a cláusula que limita no tempo a internação do segurado, o qual prorroga a sua presença em unidade de tratamento intensivo ou é novamente internado em decorrência do mesmo fato médico, fruto de complicações da doença, coberto pelo plano de saúde. 2. O consumidor não é senhor do prazo de sua recuperação, que, como é curial, depende de muitos fatores, que nem mesmo os médicos são capazes de controlar. Se a enfermidade está coberta pelo seguro, não é possível, sob pena de grave abuso, impor ao segurado que se retire da unidade de tratamento intensivo, com o risco severo de morte, porque está fora do limite temporal estabelecido em uma determinada cláusula. Não pode a estipulação contratual ofender o princípio da razoabilidade, e, se o faz, comete abusividade vedada pelo art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor. Anote-se que a regra protetiva, expressamente, refere-se a

³⁴² STJ. AgRg no AREsp 654792 / RJ. Órgão Julgador: 3ª Turma. Rel. Min. João Otávio de Noronha. Dj. 19/05/2015. No mesmo sentido é o conteúdo do Informativo nº 174 do STJ: SEGURO. SAÚDE. LIMITE DE COBERTURA. As cláusulas limitativas de valor de cobertura dos seguros de saúde são abusivas tanto quanto as cláusulas que limitam o tempo de internação, já consolidadas na jurisprudência como abusivas, porque essas acabam também por limitar o tempo de permanência de internação, uma vez que os valores cobertos pelo seguro terminam, e, conseqüentemente, reduzem o tempo de internação. AgRg no Ag 452.466-SP, Rel. Min. Ari Pargendler, julgado em 27/5/2003. O TJSP optou por referir-se à função social dos contratos ao julgar casos da mesma natureza: Plano de saúde. Abusividade de cláusula que limita no tempo o período de internação em clínica psiquiátrica. Precedentes nos Tribunais Superiores. Aplicação, por analogia, da Súmula n. 302 do STJ. Limitação que contraria a boa-fé objetiva e a função social do contrato (arts. 422 e 421 do CC.) Sentença mantida. Recurso improvido. TJSP. Ap. Cível. 1002833-11.2014.8.26.0704. Órgão Julgador: 4ª Câmara. Direito Privado. Rel. Des. Hamid Bdine. Dj. 28/05/2015.

³⁴³ A respeito da súmula 302 do STJ, a ministra Nancy Andrighi aduz que sua edição teve por objetivo promover a função social dos contratos, a boa-fé objetiva, a proteção da dignidade humana e a solidariedade social. ANDRIGHI, Fátima Nancy. Os planos de saúde privados e o Código do Consumidor: principais questões geradoras de conflito e análise econômica: reajuste. **Cadernos jurídicos da escola paulista de magistratura**. São Paulo: ano 14, nº 36. jan/abr. 2013. p. 89.

uma desvantagem exagerada do consumidor e, ainda, a obrigações incompatíveis com a boa-fé e a equidade. 3. Recurso especial conhecido e provido.³⁴⁴

Em complemento aos fundamentos citados, quais sejam a lei 9.656/98, o Código de Defesa do Consumidor, os princípios da razoabilidade e da boa-fé objetiva, o Código Civil, em seu art. 424, estabelece a nulidade das cláusulas que estipulem a renúncia antecipada de direitos nos contratos de adesão.

Partindo-se da lógica do Código Civil, ninguém adquire um produto ou serviço senão para aproveitar suas utilidades com inteireza. Sendo a natureza do contrato de plano de saúde preventiva, no sentido de resguardar o aderente contra uma situação futura e incerta, é ilógico conceber que ele tenha direito a uma quantidade restrita de internações ou mesmo de dias para permanecer internado, o que desconfiguraria o caráter aleatório do contrato.³⁴⁵

Por último, é oportuno analisar o que talvez possa ser uma possível hipótese de genuína aplicação da função social do contrato aos contratos de plano de saúde na modalidade de atenção domiciliar ou *home care*.

Em linhas gerais, o *home care* representa uma variedade de serviços hospitalares em domicílio para pessoas em convalescença de quadros agudos, tais como fraturas de quadril, ou cuidados necessários a pacientes com enfermidades crônicas, paralisias ou acidentes vasculares cerebrais.³⁴⁶

Como se observa, o *home care* é uma forma especial de internação, na qual o paciente é tratado fora do ambiente hospitalar, porém contando com a mesma estrutura de uma clínica ou hospital.

A indicação do *home care* ocorre nas hipóteses em que o paciente, mesmo depois de ter alta hospitalar, ainda necessita de cuidados especiais, como serviços de fisioterapia, fonoaudiologia, psicologia e enfermagem.³⁴⁷

Entretanto, inexistente na lei 9.656/98 qualquer menção à prática do *home care* pelas operadoras de plano de saúde, havendo inclusive, no art. 10, VI, a exclusão do dever de

³⁴⁴ STJ. REsp. 158.728/RJ. Órgão Julgador: 3ª Turma. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Dj. 16/03/1999. No mesmo sentido: REsp. 242550/SP. Órgão Julgador: 4ª Turma. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. Dj. 02/03/2000. REsp 251024/SP. Órgão Julgador: 2ª Seção. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Dj. 27/09/2000.

³⁴⁵ Nesse sentido confira-se: ASSIS, Araken de; ANDRADE, Ronaldo Alves de; ALVES, Francisco Glauber Pessoa. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (Org.). **Comentários ao código civil brasileiro**. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 120; BERALDO, Leonardo de Faria. **Função social do contrato**: contributo para a construção de uma nova teoria. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 136.

³⁴⁶ Portal home care: Disponível em: <<http://portalhomecare.com.br/o-que-e-o-home-care/>>. Acesso: 06. mar. 2017.

³⁴⁷ Homewatch caregivers. Disponível em: <<https://www.homewatchcaregivers.com/types-of-care/after-surgery-care/>>. Acesso: 06. mar. 2017.

fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar pelas operadoras de plano de saúde.³⁴⁸

Com efeito, é comum que as operadoras de plano de saúde se neguem a disponibilizar esse tipo de tratamento, sob a justificativa da existência de cláusulas contratuais que limitam ou excluem esse tipo de cobertura.

O Superior Tribunal de Justiça manifestou-se sobre o assunto e entendeu no sentido de ser vedado às operadoras de plano de saúde a negativa de cobertura de qualquer tipo de tratamento, inclusive o *home care*:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO CPC/73. CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. COBERTURA. TRATAMENTO HOME CARE. RECUSA INJUSTIFICADA. CLÁUSULA ABUSIVA. TRIBUNAL ESTADUAL ALINHADO À JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA Nº 83 DO STJ. PRECEITOS LEGAIS NÃO PREQUESTIONADOS. SÚMULA Nº 282 E 356 DO STF. CONCLUSÕES DO ACÓRDÃO LOCAL ACERCA DA NECESSIDADE DO TRATAMENTO PLEITEADO. SÚMULA Nº 7 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Inaplicabilidade do NCPC a este julgamento ante os termos do Enunciado Administrativo nº 2 aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. 2. Não se conhece de recurso especial se ausente o prequestionamento dos preceitos ditos violados, ainda que opostos embargos de declaração. Súmulas nºs 282 e 356 do STF. 3. O serviço de home care (tratamento domiciliar) constitui desdobramento do tratamento hospitalar contratualmente previsto que não pode ser limitado pela operadora do plano de saúde. Na dúvida, a interpretação das cláusulas dos contratos de adesão deve ser feita da forma mais favorável ao consumidor (REsp nº 1.378.707/RJ, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Terceira Turma, DJe 15/6/2015). Aplicação da Súmula nº 83 do STJ. 4. A revisão das conclusões do acórdão recorrido acerca da necessidade do consumidor em receber o tratamento home care é obstado, na via especial, pela Súmula nº 7 do STJ. 5. Agravo regimental não provido.³⁴⁹

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. PLANO DE SAÚDE. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. INTERNAÇÃO HOSPITALAR. CONVERSÃO EM ATENDIMENTO MÉDICO DOMICILIAR. POSSIBILIDADE. SERVIÇO DE HOME CARE. CLÁUSULA CONTRATUAL OBSTATIVA. ABUSIVIDADE. SUSPENSÃO TEMPORÁRIA DO TRATAMENTO. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. AGRAVAMENTO DAS PATOLOGIAS. GRANDE AFLIÇÃO PSICOLÓGICA. 1. Ação ordinária que visa a continuidade e a prestação integral de serviço assistencial médico em domicílio (serviço home care 24 horas), a ser custeado pelo plano de saúde bem como a condenação por danos morais. 2. Apesar de os planos e seguros privados de assistência à saúde serem regidos pela Lei nº 9.656/1998, as operadoras da área que prestam serviços remunerados à população enquadram-se no conceito de fornecedor, existindo, pois, relação de consumo, devendo ser aplicadas também, nesses tipos contratuais, as regras do Código de

³⁴⁸ A norma que atualmente é a única referência sobre o *home care* é a RDC n. 11, de 26 de janeiro de 2006, que dispõe sobre as informações técnicas para o gerenciamento de atenção domiciliar.

³⁴⁹ STJ. AgRg no AREsp 835.018/DF. 3ª Turma, Rel. Min. Moura Ribeiro. Dj. 16/02/2017.

Defesa do Consumidor (CDC). Ambos instrumentos normativos incidem conjuntamente, sobretudo porque esses contratos, de longa duração, lidam com bens sensíveis, como a manutenção da vida. Incidência da Súmula nº 469/STJ. 3. Apesar de, na Saúde Suplementar, o tratamento médico em domicílio não ter sido incluído no rol de procedimentos mínimos ou obrigatórios que devem ser oferecidos pelos planos de saúde, é abusiva a cláusula contratual que importe em vedação da internação domiciliar como alternativa de substituição à internação hospitalar, visto que se revela incompatível com a equidade e a boa-fé, colocando o usuário (consumidor) em situação de desvantagem exagerada (art. 51, IV, da Lei nº 8.078/1990). Precedentes. 4. O serviço de saúde domiciliar não só se destaca por atenuar o atual modelo hospitalocêntrico, trazendo mais benefícios ao paciente, pois terá tratamento humanizado junto da família e no lar, aumentando as chances e o tempo de recuperação, sofrendo menores riscos de reinternações e de contrair infecções e doenças hospitalares, mas também, em muitos casos, é mais vantajoso para o plano de saúde, já que há a otimização de leitos hospitalares e a redução de custos: diminuição de gastos com pessoal, alimentação, lavanderia, hospedagem (diárias) e outros. 5. Na ausência de regras contratuais que disciplinem a utilização do serviço, a internação domiciliar pode ser obtida como conversão da internação hospitalar. Assim, para tanto, há a necessidade (i) de haver condições estruturais da residência, (ii) de real necessidade do atendimento domiciliar, com verificação do quadro clínico do paciente, (iii) da indicação do médico assistente, (iv) da solicitação da família, (v) da concordância do paciente e (vi) da não afetação do equilíbrio contratual, como nas hipóteses em que o custo do atendimento domiciliar por dia não supera o custo diário em hospital. 6. A prestação deficiente do serviço de home care ou a sua interrupção sem prévia aprovação ou recomendação médica, ou, ainda, sem a disponibilização da reinternação em hospital, gera dano moral, visto que submete o usuário em condições precárias de saúde à situação de grande aflição psicológica e tormento interior, que ultrapassa o mero dissabor, sendo inidônea a alegação de mera liberalidade em seu fornecimento. 7. Recurso especial não provido.³⁵⁰

Observa-se nos acórdãos analisados que a expressão “função social do contrato” novamente não aparece de forma taxativa, entretanto, a ideia de função social é intrinsecamente nítida no reconhecimento da abusividade da cláusula que limita ou exclui o referido tratamento.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS ARTIGOS 458, II, E 535 DO CPC. PRAZO PRESCRICIONAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA DATA DA RECUSA DO PAGAMENTO PELA SEGURADORA. SÚMULA 7/STJ. TRATAMENTO HOME CARE. RECUSA INDEVIDA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Não há ofensa aos artigos 458, II, e 535 do CPC, se o Tribunal dirimiu as questões que lhe foram submetidas e apresentou os fundamentos nos quais suportou suas conclusões, e manifestou-se expressamente acerca dos temas necessários à integral solução da lide. 2. Firmado no acórdão estadual que a Seguradora não se incumbiu de "demonstrar as datas em que, inequivocamente, a seguradora teve seus pedidos de pagamentos de despesas negados", termo a partir do qual se iniciaria o lapso prescricional, o exame da irrisignação recursal esbarra na Súmula 7 do STJ. 3. De acordo com a orientação jurisprudencial do STJ, o plano de saúde pode estabelecer as doenças que terão cobertura, mas não o tipo de tratamento utilizado para a cura de cada uma, sendo abusiva a cláusula contratual que exclui tratamento domiciliar

³⁵⁰ STJ. REsp 1537301/RJ. 3ª Turma: Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Dj. 18/08/2015.

quando essencial para garantir a saúde ou a vida do segurado. 4. Agravo regimental não provido.³⁵¹

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. TRATAMENTO MÉDICO DOMICILIAR (HOME CARE). CLÁUSULA CONTRATUAL OBSTATIVA. ABUSIVIDADE. DECISÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM EM CONSONÂNCIA COM O ENTENDIMENTO DESTA CORTE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83/STJ. 1. "A jurisprudência do STJ tem entendimento firmado no sentido de ser abusiva a cláusula contratual que exclui tratamento prescrito para garantir a saúde ou a vida do segurado, porque o plano de saúde pode estabelecer as doenças que terão cobertura, mas não o tipo de terapêutica indicada por profissional habilitado na busca da cura. Precedentes. Incidência da Súmula 83/STJ".³⁵²

Considerando o teor dos acórdãos selecionados, bem como das súmulas e enunciados trazidos para análise, observa-se que é inegável a conotação social atribuída aos contratos de plano de saúde, principalmente pela grandeza do direito fundamental que se pretende tutelar.

Verifica-se que a regra do art. 421 do Código Civil traz um extenso cabedal de possibilidades de aplicação a essa espécie de contrato, figurando como um reforço retórico, em evidente diálogo das fontes com os demais dispositivos protetivos, porém de necessidade duvidosa.

Por sua vez é notável o mérito e o esforço do Superior Tribunal de Justiça na tentativa de compreender e contextualizar o princípio da função social do contrato nos contratos de plano de saúde, visto que isso implica uma mudança ao que parece desnecessária no entendimento consolidado nos seus precedentes.

Em casos dessa natureza é evidente que os direitos fundamentais devem se sobrepor aos interesses empresariais puramente econômicos, para se obter a realização da dignidade da pessoa humana, pois não seria razoável tutelar interesses dessa magnitude de outra forma, o que torna imperiosa a concretização judicial do pleno direito à saúde, por meio da relativização das cláusulas excessivamente restritivas ou abusivas inseridas nos contratos dessa natureza.

Conforme foi observado, o Superior Tribunal de Justiça vem atingindo esse desiderato por seus próprios fundamentos, o que traz, para fins de experimentação nesta pesquisa, que a função social do contrato, aplicada aos contratos de plano de saúde na maioria dos casos, não é necessariamente indispensável ou mesmo capaz de agregar fundamentos inovadores nas decisões, transparecendo certa vagueza argumentativa.

³⁵¹ STJ. AgRg no Ag 1325939/DF. 4ª Turma. Rel. Min. Raul Araújo. Dj. 03/04/2014.

³⁵² STJ. Quarta turma. AgIn no AREsp 987203 / RJ. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Dj. 15/12/2016.

Por sua vez, nota-se que, em poucas situações específicas, a função social do contrato revela-se como um fundamento indispensável, tal como na hipótese do tratamento *home care*, no qual a função social do contrato não apenas supre a falácia da lei, mas efetiva o mandamento constitucional insculpido no art. 196 da Constituição Federal.

4.2 Os contratos de seguro e a aplicação da função social

O contrato de seguro é um dos mais importantes e necessários à vida moderna, sendo que, se não houvesse as garantias permitidas somente através dessa modalidade de contrato, inúmeros empreendimentos e atividades econômicas jamais seriam possíveis, dados os riscos que representam e que lhes são inerentes.

O Código Civil reconhece a importância do contrato de seguro, ao apresentar um tratamento diferenciado, conforme se observa na exposição de motivos:

Dar novo tratamento ao *contrato de seguros* claramente distinto em “*seguro de pessoa*” e “*seguro de dano*”, tendo sido aproveitadas, nesse ponto, as sugestões oferecidas pelo Prof. FABIO KONDER COMPARATO, conforme estudo anexado ao citado ofício de 9 de novembro de 1970. Nesse, como nos demais casos, procura o projeto preservar a situação do segurado, sem prejuízo da certeza e segurança indispensáveis a tal tipo de negócio.³⁵³

Observa-se que o diploma civil acolheu a concepção unitária do contrato de seguro, ao estabelecer um conceito que se aplica tanto aos seguros de dano quanto aos seguros de pessoa, conforme se verifica na leitura do art. 757.³⁵⁴

A respeito do referido artigo, Ernesto Tzirulnik, Flávio de Queiroz Cavalcanti e Ayrton Pimentel³⁵⁵ afirmam que o novo dispositivo afasta a indenização como elemento

³⁵³ BRASIL. **Novo código civil**: exposição de motivos e texto sancionado. 2. ed. Brasília, DF: Senado Federal, 2005. p. 43.

³⁵⁴ O conceito unitário de contrato de seguro não contradiz o exposto na exposição de motivos do Código Civil, visto que o Capítulo XV, do livro I, da Parte Especial, distribui as regras relativas ao contrato de seguro em três seções, quais sejam, das disposições gerais (arts. 757 a 777), do seguro de dano (778 a 788) e do seguro de pessoa (789 a 802). As inovações no contrato de seguro reconhecem a liberdade de contratar, condicionando seu exercício à função social do contrato, ao afastamento do individualismo contratual, à proibição de cláusulas ambíguas e contraditórias, bem como as que estipulam a renúncia antecipada de direitos, a resolução dos contratos por onerosidade excessiva, implicando excessiva vantagem para uma das partes em detrimento da outra, por ocasião de acontecimento extraordinário e imprevisível. Nesse sentido: DELGADO, José Augusto. **Comentários ao novo código civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 15. t. 1. p. 54-55; POLIDO, Walter Antonio. Sistemas jurídicos: codificação específica do contrato de seguro: da necessidade ou não da positivação de microsistema para o direito securitário brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Doutrinas essenciais**: obrigações e contratos: contratos em espécie: serviços e circulação. v. 6. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 848; CASES, José Maria Trepas. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça. (Coord.). **Código civil comentado**. São Paulo: Atlas, 2003. v. 8. p. 205.

³⁵⁵ TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio de Queiroz Bezerra; PIMENTEL, Ayrton. **O contrato de seguro**: de acordo com o novo código civil brasileiro. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p. 29-30.

essencial do contrato e apresenta uma visão moderna, na qual os elementos da garantia e da empresarialidade³⁵⁶ se compatibilizam com a realidade econômica e técnica intrínseca ao negócio jurídico do seguro, qual seja a comutação entre prêmios e garantia.

Com o escopo de superar o conceito de contrato de seguro do Código Civil de 1916, desenvolveu-se a teoria do interesse legítimo, que parte da ideia de necessidade, ao sustentar que o objetivo do segurado ao contratar o seguro não é proteger determinada coisa ou determinado bem material que integra seu patrimônio, mas sim, garantir o interesse que se tem em relação a ele.³⁵⁷

Em 1968, o professor Fábio Konder Comparato,³⁵⁸ em sua tese de livre-docência, afirma que tanto no seguro de coisas determinadas, como no seguro de incêndio ou o seguro contra furto, o que é garantido ao segurado pelo contrato não é propriamente a coisa, mas sim o interesse que ele possui em relação a essa coisa.

No intuito de demonstrar que essa concepção seria capaz de dar ensejo a um novo conceito unitário de seguro, aplicável tanto aos seguros de dano quanto aos de pessoas, o referido professor aduz que esse interesse pode apresentar um conteúdo econômico objetivamente determinado, tal como se verifica nos seguros de dano, ou que pode ser livremente estimável pelo segurado no que diz respeito ao seguro de pessoas.³⁵⁹

Por sua vez, o objeto do contrato de seguro não seria definido a critério do dano, como ocorria quando o seguro era vislumbrado como contrato de indenização, mas sim, em função do interesse que o segurado tem em relação à coisa ou pessoa.

³⁵⁶ Renato Macedo Buranello aduz que o contrato de seguro foi absorvido pelo universo do direito empresarial. Ao serem racionalizados as probabilidades e os riscos, o contrato de seguro passou a operar funções macroeconômicas, que se adequam à utilidade prática da atividade empresarial. O elemento empresarialidade se revelou como a organização dos elementos técnicos do contrato de seguro para o desempenho da atividade empresarial. BURANELLO, Renato Macedo. **Do contrato de seguro:** o seguro garantia de obrigações contratuais. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 123-124.

³⁵⁷ Sobre o interesse legítimo, Vera Helena de Mello Franco pondera que a principal obrigação do segurador consiste numa prestação de garantia e que essa compreensão coaduna-se com o seguro de dano, bem como o seguro de pessoa. A referida professora exalta a utilização da expressão interesse, por ela entendida como uma relação de valor entre uma pessoa e uma coisa ou entre uma pessoa e outra pessoa no conceito legal de seguro e sua apresentação como objeto material deste contrato e elemento a ele essencial, que necessariamente deve constar no seguro de dano e no de pessoa. A jurista ainda conclui que o código “agasalhou” a concepção unitária do contrato de seguro. FRANCO, Vera Helena de Mello. Breves reflexões sobre o contrato de seguro no novo código civil brasileiro. In: FÓRUM DE DIREITO DO SEGURO “JOSÉ SOLLERO FILHO”, 2., 2002, São Paulo. II Fórum de Direito do Seguro. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito do Seguro, 2002. (Estudos de direito do seguro. v. 4). p. 444-445.

³⁵⁸ COMPARATO, Fábio Konder. **Seguro de crédito:** estudo jurídico. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1968. p. 24-25.

³⁵⁹ Ibid., p. 25.

Com efeito, resgata-se o pensamento de Pontes de Miranda³⁶⁰, ao afirmar que o que se segura não é propriamente o bem ou a pessoa, mas o *status quo* do patrimônio ou do ser humano que se encontra sujeito a determinado risco. O interesse, portanto, consiste na posição juridicamente relevante de um sujeito em relação ao bem da vida.

Cumprе salientar que tal interesse deve necessariamente estar exposto a um risco, condição *sine qua non* para haver o contrato de seguro. O risco, portanto, é elemento essencial à caracterização do referido tipo contratual, seja no seguro de dano ou no seguro de pessoa, sendo indispensável a sua existência no momento da formação do contrato.³⁶¹

Apesar de não existirem dúvidas quanto à utilidade e a relevância dessa modalidade de contrato, diversos são os seus aspectos jurídicos que trazem polêmicas e controvérsias que são reiteradamente levadas ao conhecimento do Poder Judiciário, o que torna necessário o estudo sobre a interpretação e aplicação da função social do contrato pelo Superior Tribunal de Justiça.

Não se discute apenas a importância do mercado segurador para os países em se tratando de termos de economia, visto que também devem ser destacados os enormes valores que são movimentados anualmente nesse segmento, além de seu significado e a sua relevância para a vida das pessoas e para a segurança das atividades e dos empreendimentos.³⁶²

Em relação ao contrato de seguro propriamente dito, pode-se afirmar que a função social está de tal forma atrelada aos pactos dessa natureza que é praticamente impossível dissociar o surgimento do contrato de seguro do seu fim social.

Dentre os elementos do contrato de seguro, Nelson Borges³⁶³ cita como representativos da função social do contrato a comutatividade, o risco e a mutualidade. O risco, enquanto probabilidade de dano é o elemento material do contrato de seguro, sendo sua

³⁶⁰ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado: parte especial**. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1984. v. 45. p. 275.

³⁶¹ SILVA, Ivan de Oliveira. **Curso de direito do seguro**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 105-106.

³⁶² Nesse sentido, confira-se o portal da Confederação Nacional das Empresas de Seguros Gerais, Previdência Privada e Vida, Saúde Suplementar e Capitalização (CNSeg), que divulga informações sobre o mercado de seguros, incluindo os valores movimentados, arrecadados, bem como a influência desse segmento no Produto Interno Bruto, além de outras informações e estudos especializados em direito securitário. Disponível em: <www.fenaseg.org.br>. Acesso em: 15 nov. 2016. No mesmo sentido, insta aduzir as considerações de Marcello Teixeira Bittencourt, ao explicar que o contrato de seguro é utilizado amplamente nos países desenvolvidos e em escala de crescimento, como é o caso do Brasil, constituindo um dos pilares das políticas governamentais das nações em torno do globo. BITTENCOURT, Marcello Teixeira. **Manual de seguros privados**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 21.

³⁶³ BORGES, Nelson. Contratos de seguro e sua função social. a revisão securitária no novo código civil. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Doutrinas essenciais: obrigações e contratos: contratos em espécie: serviços e circulação**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. v. 6. p. 799.

razão fundante, ao passo que a mutualidade³⁶⁴ é a forma socialmente desenvolvida para minimizar as consequências do dano, ou seja, da concretização do risco, tornando-o suportável. Eis a função social do contrato relacionada ao contrato de seguro.

É oportuno salientar que a boa-fé figura como elemento essencial e diferenciado nessa modalidade de contrato, visto que a exigência legal de que os contratantes adotem em todas as fases contratuais um comportamento revestido pela boa-fé conduz a doutrina a entender que esse tipo de contrato está sujeito a um momento pré-contratual de maior relevância, em que se reflete a intenção das partes.³⁶⁵

A esse respeito, Paulo Luiz de Toledo Piza destaca a importância dessa fase ao aduzir:

O mais comum, no entanto, é acontecer de a formação do contrato de resseguro processar-se de modo mais ágil, compreendendo a formulação da proposta pelo segurador, com base nos padrões geralmente previstos, seguida da aceitação do ressegurador, aceitação esta, aliás, que também se pode presumir. Entretanto, também no caso de contratações ágeis, com tratativas condensadas, exige-se desde o primeiro momento o mesmo dever de correção decorrente do referido princípio da *uberrima fides*.³⁶⁶

O princípio da *uberrima fides* (fé boa, boa-fé máxima) obriga todos os participantes do trato jurídico a revelar quaisquer informações que possam influenciar a parte contrária a celebrar ou não o contrato. Dessa forma, o princípio enuncia que o contrato deve ser celebrado na fé boa perfeita, não se escondendo nada. No exemplo do contrato de seguro, os segurados devem observar a fé boa mais perfeita para o segurador.

Seguindo essa lógica, no contrato de seguro, a presença da *uberrima fides* sempre foi indissociável, como se observa em um famoso caso, intitulado *Lindenau versus Desborough*, ocorrido na Inglaterra no ano de 1828, no qual o segurado omitiu a existência de um tumor cerebral que o levou à morte, fato que, se levado a conhecimento da seguradora, influenciaria na celebração do contrato.³⁶⁷

³⁶⁴ Sobre a mutualidade ou princípio do mutualismo, Amílcar Santos aduz que tal elemento figura como uma das principais colunas em que se apoia o contrato de seguro, sendo que o desenvolvimento do mutualismo, além de necessário, apenas ocorreu a partir do século XVII, com o cálculo de probabilidades e o cálculo integral, conhecido também por matemática atuarial. SANTOS, Amílcar. **Seguro: doutrina, legislação e jurisprudência**. Rio de Janeiro: Récor, 1959. p. 9-10. No mesmo sentido: BRAGA, Francisco de Assis. **Contrato de seguro: a técnica, do risco ao sinistro**. São Paulo: IBDS EMTS, 2003. p. 13.

³⁶⁵ DELGADO, José Augusto. O contrato de seguro e o princípio da boa-fé. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord.). **Questões controvertidas no novo código civil**. São Paulo: Método, 2004. p. 146.

³⁶⁶ PIZA, Paulo Luiz de Toledo. **Contrato de resseguro: tipologia, formação e direito internacional**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito do Seguro, 2002. p. 319.

³⁶⁷ HASSON, R. A. The doctrine of *uberrima fides* in insurance law – a critical evaluation. **The Modern Law Review**, London, v. 32, n. 6, p. 618-619, nov. 1969.

O referido caso foi um dos precursores das ideias que constituíram a doutrina da *uberrima fides*, conforme se observa na transcrição de parte da sentença:

*I think that in all cases of insurance, whether on ships, houses, or lives, the underwriter should be informed of every material circumstance within the knowledge of the assured; and that the proper question is, whether any particular circumstance was in fact material and not whether the party believed it to be so. The contrary doctrine would lead to frequent suppression of information, and it would often be extremely difficult to show that the party neglecting to give the information thought it material.*³⁶⁸

Com efeito, Paulo Luiz de Toledo Piza³⁶⁹ aduz que a exigência da *uberrima fides* se coloca de imediato, desde o primeiro contato entre as partes interessadas em celebrar o contrato de seguro, tratando-se, como a doutrina desde cedo frisou, de uma exigência que se traduz em uma regra de comportamento basilar para as partes de uma relação securitária, vigente antes mesmo do momento da conclusão do contrato, ou seja, que se coloca com toda a sua intensidade antes mesmo de aperfeiçoada a relação.

Esse desdobramento da boa-fé revela a tônica que esse princípio assume nas relações contratuais de seguro, caracterizando um dever comportamental explicitamente exigido pelo art. 766 do Código Civil e de certa forma guarda relação com a função social quanto aos seus efeitos internos, conforme se infere dos acórdãos a seguir:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. SEGURO DE AUTOMÓVEL. QUESTIONÁRIO DE AVALIAÇÃO DE RISCO. INFORMAÇÕES INVERÍDICAS DO SEGURADO. CONDUTOR PRINCIPAL. VAGA DE GARAGEM. INTERFERÊNCIA NA CLÁUSULA DE PERFIL. PAGAMENTO DE PRÊMIO A MENOR. MÁ-FÉ. CONFIGURAÇÃO. PERDA DO DIREITO À GARANTIA NA OCORRÊNCIA DO SINISTRO. EXEGESE DOS ARTS. 765 E 766 DO CC. 1. O contrato de seguro é baseado no risco, na mutualidade e na boa-fé, que constituem seus elementos essenciais. Além disso, nesta espécie de contrato, a boa-fé assume maior relevo, pois tanto o risco quanto o mutualismo são dependentes das afirmações das próprias partes contratantes. 2. A seguradora, utilizando-se das informações prestadas pelo segurado, como na cláusula de perfil, chega a um valor de prêmio conforme o risco garantido e a classe tarifária enquadrada, de modo que qualquer risco não previsto no contrato desequilibra economicamente o seguro, dado que não foi incluído no cálculo atuarial nem na mutualidade contratual (base econômica do seguro). 3. A má-fé ou a fraude são penalizadas severamente no contrato de seguro. Com efeito, a fraude, cujo princípio é contrário à boa-fé, inviabiliza o seguro justamente porque altera a relação de proporcionalidade que deve existir entre o risco e a mutualidade, rompendo, assim, o equilíbrio econômico do contrato, em prejuízo dos demais segurados. 4. A penalidade para o segurado que agir de má-fé, ao fazer declarações inexatas ou omitir circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta pela seguradora ou na taxa do prêmio, é a perda do

³⁶⁸ HASSON, R. A. The doctrine of *uberrima fides* in insurance law – a critical evaluation. **The Modern Law Review**, London, v. 32, n. 6, p. 619, nov. 1969.

³⁶⁹ PIZA, Paulo Luiz de Toledo. **Contrato de resseguro: tipologia, formação e direito internacional**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito do Seguro, 2002. p. 319.

direito à garantia na ocorrência do sinistro (art. 766 do CC). E assim é porque o segurado e o segurador são obrigados a guardar, na conclusão e na execução do contrato, a mais estrita boa-fé e veracidade, tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes (art. 765 do CC). 5. Apenas se o segurado agir de boa-fé, ao prestar declarações inexatas ou omitir informações relevantes, é que o segurador poderá resolver o contrato ou, ainda, cobrar, mesmo após o sinistro, a diferença do prêmio, sem prejuízo da indenização securitária. 6. Retirar a penalidade de perda da garantia securitária nas fraudes tarifárias (inexatidão ou omissão dolosas em informação que possa influenciar na taxa do prêmio) serviria de estímulo à prática desse comportamento desleal pelo segurado, agravando, de modo sistêmico, ainda mais, o problema em seguros de automóveis, em prejuízo da mutualidade e do grupo de exposição que iria subsidiar esse risco individual por meio do fundo comum. 7. Recurso especial não provido.³⁷⁰

Da análise deste julgado, nota-se que não houve sequer uma tentativa do Superior Tribunal de Justiça de aplicar a função social do contrato ao caso concreto. Essa aplicação por vezes sofre resistência entre os ministros, o que consequentemente acarreta em decisões desequilibradas e contraditórias.

O caso tratado no referido acórdão versa sobre o fornecimento de informações inexatas pelo beneficiário no contrato de seguro de automóvel. Apesar de se verificarem incorretas tais informações, observa-se que a conduta do beneficiário não teve o condão de exonerar a seguradora do pagamento do prêmio, de acordo com o art. 766 do Código Civil, visto que as informações prestadas não agravaram o risco previsto no contrato, além de se tratar de uma hipótese a qual a seguradora teria celebrado no contrato se soubesse das informações exatas.³⁷¹

A tese que sustenta a aplicação da função social do contrato, sob o argumento de incidência do princípio da conservação do contrato e da busca do equilíbrio contratual, que seria possível neste caso por existência da “cláusula perfil”³⁷², que possibilita novo cálculo do valor do prêmio de acordo com as informações corretas, foi rejeitada na votação, como se nota no voto vencido, de lavra da ministra Nancy Andrighi:

³⁷⁰ STJ, REsp. 1.419.731 / PR. Órgão Julgador: 3ª Turma. Rel. Min. Nancy Andrighi. Dj. 07/08/2014.

³⁷¹ No mesmo sentido é o teor da súmula 465 do STJ: Ressalvada a hipótese de efetivo agravamento do risco, a seguradora não se exime do dever de indenizar em razão da transferência do veículo sem a sua prévia comunicação. Em complemento, é oportuno trazer os precedentes dessa súmula: [...] não se justifica tornar sem efeito o contrato de seguro em razão da ausência de comunicação da sua transferência, devendo ser efetuado um exame concreto das situações trazidas a juízo, pois a inobservância da cláusula contratual que determina a aludida comunicação não elide a responsabilidade da seguradora, que recebeu o pagamento do prêmio, salvo se comprovada má-fé ou agravamento do risco. [...] a simples ausência de comunicação de venda do veículo à seguradora não exclui o dever da seguradora perante o novo proprietário, desde que não haja agravamento do risco. (STJ, REsp. 771375 SP, Órgão Julgador: 4ª Turma. Rel. Min. Aldir Passarinho Junior. Dj. 22/06/2010; AgRg no REsp. 302662 PR. Órgão Julgador: 3ª Turma. Rel. Min. Nancy Andrighi. Dj. 25/06/2001; REsp. 188694 MG. Órgão julgador: 4ª Turma. Rel. Min. Cesar Asfor Rocha. Dj. 12/06/2000).

³⁷² A cláusula perfil ou Questionário de Avaliação de Risco é parte integrante da proposta de seguro de automóvel e traz informações detalhadas para a seguradora avaliar o risco e taxar adequadamente o prêmio. Nesse sentido: FERNANDES, Marcus Frederico Botelho. Seguro de automóvel: cláusula de perfil. In: CARNEIRO, Athos Gusmão et al. **Seguros: uma questão atual**. São Paulo: Max Limonad, 2001. v. 3. p. 123-125.

É devido o pagamento de indenização de seguro de automóvel ainda que o segurado tenha prestado declarações inexatas no questionário de risco, sendo que a constatação de que agiu de má-fé no fornecimento dos dados que compõem a "cláusula perfil" autoriza o recálculo do prêmio com base nas informações corretas, devendo a diferença entre o novo prêmio e o prêmio efetivamente pago pelo segurado ser descontada em dobro do valor da indenização a ser paga pela seguradora. Isso porque a interpretação do artigo 766 do CC/2002 de que a simples constatação da má-fé do segurado seria suficiente para a perda do direito à indenização não parece ser a que melhor equaciona os direitos e deveres inerentes às relações jurídicas derivadas de contratos de seguro. A interpretação sistemática do dispositivo legal, à luz dos princípios da boa-fé objetiva, do equilíbrio e da função social dos contratos, conduzem ao entendimento de que somente haverá a perda da cobertura securitária quando, além do comportamento doloso do segurado, a sua declaração inexata ou omissiva tiver induzido a seguradora a celebrar um contrato que em circunstâncias normais não firmaria. Em outras palavras, a falta do segurado deve ser tal que, se a seguradora tivesse acesso à informação verdadeira, não aceitaria celebrar o contrato de seguro.³⁷³

Ao refutar os fundamentos presentes no voto da relatora e manter o entendimento formulado pelo TJPR, o Superior Tribunal de Justiça deixou de ponderar vários fundamentos que poderiam ser utilizados em favor do segurado para se proferir uma decisão mais equilibrada e condizente com a ideia de função social do contrato.

Inicialmente, foram preteridas as regras insculpidas nos arts. 423, 424 do Código Civil e do art. 54 do diploma consumerista, que estabelecem que nos contratos de adesão é imperioso que seja adotada interpretação em favor do aderente.

No contrato de adesão, a interpretação deve ser feita em favor do aderente, o que faz referência à regra do direito romano *interpretatio contra stipulatorem*, constituindo assim uma das regras gerais do Código Civil, ao estabelecer que a boa-fé se presume e a má-fé deve ser provada por quem a alega, visto que a prova da má-fé resulta da distribuição do ônus da prova.³⁷⁴

³⁷³ STJ, REsp. 1.419.731 / PR. Voto do relator. p. 5-8.

³⁷⁴ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código civil comentado**. 9. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. p. 847; VASQUES, José. **Contrato de seguro**. Coimbra: Almedina, 1999. p. 334; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 394-395. Esse entendimento é traduzido no acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo: SEGURO DE VEÍCULO – INDENIZAÇÃO – CLÁUSULA CONTRATUAL – RISCOS PREDETERMINADOS CONTIDOS NA APÓLICE – AUSÊNCIA DE FRAUDE – NÃO INFLUÊNCIA NO SINISTRO – SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA – CONFIRMAÇÃO POR SEUS FUNDAMENTOS – ART. 252 DO RITJSP – RECURSO NÃO PROVIDO. Não comprovando a autora, como deveria, que o veículo segurado era utilizado em 85% das vezes por outra pessoa que não o principal condutor constante da apólice, e não demonstrando, ademais, que o segurado forneceu informações inverídicas quando da aceitação do seguro, não faz jus à repetição do indébito almejada, de rigor, portanto, a manutenção integral da sentença de improcedência, cujos fundamentos se adotam como razão de decidir na forma do art. 252 do Regimento Interno deste Tribunal. (TJSP. Ap. Cível. 0032218-57. Rel. Des. Paulo Ayrosa. 31ª Câmara. Direito Privado. Dj. 30/06/2015).

Gustavo Tepedino³⁷⁵ afirma que a disciplina do CDC pode ser invocada para suprir as deficiências do Código Civil para fins de interpretação das normas e proteção da parte colocada em posição de inferioridade, visto que o Código de Defesa do Consumidor trata das matérias de maneira mais pormenorizada e sistemática. Observa-se que essa oportunidade foi perdida neste caso.

Por conseguinte, não foram feitas as devidas interpretações dos arts. 766, 768 e 769 do Código Civil, visto que o risco não foi agravado por decorrência da má-fé do segurado, sendo possível que a diferença do prêmio fosse cobrada após o ressarcimento do sinistro.³⁷⁶ Com efeito, a interpretação dada ao caput do art. 766 do Código Civil pelo TJPR, no sentido de que a simples constatação da má-fé do segurado seria suficiente para a perda do direito à indenização, de longe não é a que melhor consagra os direitos e deveres inerentes às relações jurídicas derivadas de contratos de seguro.

A sistemática do regime jurídico do contrato de seguro não deve ser submetida apenas à interpretação literal da lei, posto que o art. 757 conceitua o seguro como modalidade contratual pela qual “o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou coisa, contra riscos predeterminados”.

Nesse diapasão, é possível afirmar que o seguro é um contrato de garantia, no qual o risco coberto é predeterminado na apólice, de acordo com as informações fornecidas pelo segurado. Sendo o risco predeterminado, por óbvio qualquer alteração implicará a sua reavaliação, haja vista que o contrato de seguro é orientado pelo princípio da proporcionalidade, devendo o risco e o prêmio ser equivalentes.³⁷⁷

Seguindo esse raciocínio, é desnecessária a ocorrência do sinistro para que fique caracterizado o agravamento do risco, pois considerando que o contrato de seguro é de garantia, o sinistro constitui elemento accidental que pode ou não ocorrer. Consequentemente, o entendimento do STJ de que houve agravamento do risco em função do sinistro é no mínimo absurda, além de contrária à lógica do Código Civil.

A interpretação que melhor equaciona os princípios da boa-fé objetiva, do equilíbrio contratual e dos arts. 113, 187, 317 e 422 do Código Civil, bem como do art. 4º, III, do diploma consumerista, levam à conclusão de que somente haveria a perda da cobertura securitária se além do comportamento doloso do segurado, a sua declaração inexata ou

³⁷⁵ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código civil interpretado conforme a constituição da república**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. v. 2. p. 27.

³⁷⁶ Nesse sentido, confira-se ALVES, Jones Figueiredo. Arts. 757 a 839. In: FIUZA, Ricardo. (Coord). **Novo código civil comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 692.

³⁷⁷ PINTO, Sergio Baeza. **El seguro**. 4. ed. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 2001. p. 34-35.

omissiva tivesse o condão de induzir a seguradora em erro, fazendo-a celebrar um contrato que em outras circunstâncias não firmaria, vale dizer, a má-fé do segurado deve ser de tal proporção que, se a seguradora tivesse acesso à informação verdadeira, não aceitaria celebrar o contrato de seguro.

A esse respeito é de grande valor o ensinamento de Pontes de Miranda:

O agravamento dos riscos pelo contraente ou terceiro com direito ao seguro é infração contratual, porque existe o *dever de abstenção*. Se ocorre que se agrave, culposamente, o risco, há *resiliabilidade* do contrato, posto que a terminologia da lei não seja boa. [...]. Para que haja pena, é preciso que a mudança haja sido tal que o segurador, se ao tempo da aceitação existisse o risco agravado, não teria aceito a oferta ou teria exigido prêmio maior.³⁷⁸

Para que fique caracterizada a infração do dever de declaração de informações, Carlos Harten³⁷⁹ aduz serem necessárias a conjugação de circunstâncias que influem no estado do risco, de maneira a tornar questionável a aceitação pelo segurador, a divergência entre o estado declarado do risco e seu estado no momento anterior ao da contratação e a necessidade do segurado conhecer a circunstância mal declarada.

Outro ponto que não foi explorado pelos ministros da Terceira turma, bem como pelos desembargadores do TJPR, está na atenção aos fatos reais e na busca do equilíbrio, em se tratando de contrato de seguro, conforme previsto no enunciado 374, aprovado na IV Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho de Justiça Federal.³⁸⁰

³⁷⁸ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado: parte especial**. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1984. v. 45. p. 487.

³⁷⁹ HARTEN, Carlos. **El deber de declaración del riesgo en el contrato de seguro**. Salamanca: Ratio Legis, 2007. p. 107-108. Observam-se essas situações de quebra do dever de boa-fé objetiva nos acórdãos do Tribunal de Justiça de São Paulo: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO CONTRATO DE SEGURO DE VEÍCULO DANOS MATERIAIS. Declaração falsa efetuada pelo segurado, no momento de conclusão do negócio, de que o veículo, objeto de seguro, permaneceria em garagem enquanto o segurado estivesse no local de trabalho evidente quebra do dever de lealdade, corolário do princípio da boa-fé objetiva quebra do perfil do segurado inteligência do art. 766, do CC/2002 independentemente da situação de vulnerabilidade do Autor, enquanto consumidor de um serviço, nada justifica a falta com a verdade de maneira maliciosa (nemo potest venire contra factum proprium). RECURSO DO AUTOR NÃO PROVIDO. (TJSP. Ap. Cível. 0008997.75.2013. Rel. Des. Berenice Marcondes Cesar. 28ª Câmara de Direito Privado. Dj. 16/12/2014. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO CONTRATO DE SEGURO DE VEÍCULO DANOS MATERIAIS E MORAIS. Contrato de seguro concluído por real proprietário e principal condutor de veículo em nome de terceiro, a fim de beneficiar-se de valor mais vantajoso do prêmio a que este fazia jus evidente quebra do dever de lealdade, corolário do princípio da boa-fé objetiva quebra do perfil do segurado inteligência do art. 766, do CC/2002 independentemente da situação de vulnerabilidade do Autor, enquanto consumidor de um serviço, nada justifica a falta com a verdade de maneira maliciosa (nemo potest venire contra factum proprium). RECURSO DO AUTOR NÃO PROVIDO. (TJSP. Ap. Cível. 0047249.86. Rel. Des. Berenice Marcondes Cesar. 27ª Câmara de Direito Privado. Dj. 05/08/2014.

³⁸⁰ Arts. 792 e 795: No contrato de seguro, o juiz deve proceder com equidade, atentando às circunstâncias reais, e não a probabilidades infundadas, quanto à agravação dos riscos.

Superados todos os fundamentos legais negligenciados pelo STJ, o último ponto a ser trazido para a análise deste caso é a contradição de entendimentos feita pela própria Corte Superior em se tratando desse assunto, como se verifica no seguinte acórdão:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. CONTRATO DE SEGURO. QUESTIONÁRIO DE RISCO. DECLARAÇÕES INEXATAS OU OMISSAS FEITAS PELO SEGURADO. NEGATIVA DE COBERTURA SECURITÁRIA. DESCABIMENTO. INEXISTÊNCIA, NO CASO CONCRETO, DE AGRAVAMENTO DO RISCO E DE MÁ-FÉ DO SEGURADO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7. EXISTÊNCIA DE CLÁUSULA LIMITATIVA COM DUPLO SENTIDO. APLICAÇÃO DA SÚMULA 5. 1. Vigora, no direito processual pátrio, o sistema de persuasão racional, adotado pelo Código de Processo Civil nos arts. 130 e 131, não cabendo compelir o magistrado a acolher com primazia determinada prova, em detrimento de outras pretendidas pelas partes, se pela análise das provas em comunhão estiver convencido da verdade dos fatos. 2. As declarações inexatas ou omissões no questionário de risco em contrato de seguro de veículo automotor não autorizam, automaticamente, a perda da indenização securitária. É preciso que tais inexatidões ou omissões tenham acarretado concretamente o agravamento do risco contratado e decorram de ato intencional do segurado. Interpretação sistemática dos arts. 766, 768 e 769 do CC/02. 3. "No contrato de seguro, o juiz deve proceder com equilíbrio, atentando às circunstâncias reais, e não a probabilidades infundadas, quanto à agravação dos riscos" (Enunciado n. 374 da IV Jornada de Direito Civil do STJ). 4. No caso concreto, a circunstância de a segurada não possuir carteira de habilitação ou de ter idade avançada - ao contrário do seu neto, o verdadeiro condutor - não poderia mesmo, por si, justificar a negativa da seguradora. É sabido, por exemplo, que o valor do prêmio de seguro de veículo automotor é mais elevado na primeira faixa etária (18 a 24 anos), mas volta a crescer para contratantes de idade avançada. Por outro lado, o roubo do veículo segurado - que, no caso, ocorreu com o neto da segurada no interior do automóvel - não guarda relação lógica com o fato de o condutor ter ou não carteira de habilitação. Ou seja, não ter carteira de habilitação ordinariamente não agrava o risco de roubo de veículo. Ademais, no caso de roubo, a experiência demonstra que, ao invés de reduzi-lo, a idade avançada do condutor pode até agravar o risco de sinistro - o que ocorreria se a condutora fosse a segurada, de mais de 70 anos de idade -, porque haveria, em tese, uma vítima mais frágil a investidas criminosas. 5. Não tendo o acórdão recorrido reconhecido agravamento do risco com o preenchimento inexato do formulário, tampouco que tenha sido em razão de má-fé da contratante, incide a Súmula 7. 6. Soma-se a isso o fato de ter o acórdão recorrido entendido que eventual equívoco no preenchimento do questionário de risco ter decorrido também de dubiedade da cláusula limitativa. Assim, aplica-se a milenar regra de direito romano *interpretatio contra stipulatorem*, acolhida expressamente no art. 423 do Código Civil de 2002: "Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente". 7. Recurso especial não provido.³⁸¹

Por seu turno, não se pode ignorar que mesmo inexistindo agravamento no risco, a informação inverídica transmitida pelo segurado trouxe prejuízo à seguradora, comportamento que, além de afetar o equilíbrio do contrato, não poderia permanecer, visto que tal prática é contrária à boa-fé objetiva, que deve permear toda relação contratual.

³⁸¹ STJ, REsp. 1210205 / RS. Órgão Julgador: 4ª Turma. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Dj. 01/09/2011.

Com efeito, constatada má-fé do segurado no fornecimento dos dados que compõem a denominada “cláusula perfil”, seria adequado para o restabelecimento do equilíbrio contratual um novo cálculo do prêmio com base nas informações corretas, deduzindo-se a diferença paga a menor pelo segurado do valor da indenização.³⁸²

Para que a conduta dolosa do segurado não passasse impune, a diferença entre os prêmios, quais sejam, o pago inicialmente com base nas informações inexatas e o efetivamente devido, deveria ser devolvida com o valor atualizado, aplicando-se por analogia o art. 389 do Código Civil, bem como os dispositivos que afastam as tentativas de enriquecimento sem causa, quais sejam os arts. 940 do Código Civil e o art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor.

Por fim, observa-se neste caso que o Superior Tribunal de Justiça poderia ter se socorrido da função social do contrato para decidir de maneira menos gravosa para o segurado, aplicando o princípio da conservação dos contratos e do equilíbrio contratual, visto que à luz dos fundamentos ignorados, a conduta do segurado não foi merecedora de penalidade tão severa, tal como a perda do seguro. Entretanto, a corte superior optou por uma decisão arbitrária.

No acórdão a seguir é revelada outra situação na qual ocorre a confusão entre os institutos da boa-fé objetiva e a função social do contrato. Curiosamente, é possível notar uma leve diferença entre os dois princípios, visto que os fatos narrados no acórdão conduzem a essa conclusão, porém a presença da função social do contrato como fundamento para se atingir a conclusão obtida no julgamento não se mostra necessária:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. SEGURO DE AUTOMÓVEL. ROUBO DO VEÍCULO. AVISO DE SINISTRO. COMUNICAÇÃO. ATRASO. INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA. PERDA DO DIREITO. AFASTAMENTO. APLICAÇÃO NÃO AUTOMÁTICA DA PENA. ART. 771 DO CC. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA. OMISSÃO JUSTIFICADA DO SEGURADO. AMEAÇAS DE MORTE DO CRIMINOSO. BOA-FÉ OBJETIVA. CONFIGURAÇÃO. RECUPERAÇÃO DO BEM. CONSEQUÊNCIAS DANOSAS À SEGURADORA. INEXISTÊNCIA. 1. Cinge-se a controvérsia a saber se o atraso do segurado em comunicar o sinistro à seguradora, qual seja, o roubo de veículo, é causa de perda do direito à indenização securitária oriunda de contrato de seguro de

³⁸² O recente julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo demonstra esse entendimento: Seguro facultativo de veículo. Cobrança de indenização securitária julgada improcedente. Contratação sob a modalidade "perfil", da qual o segurado constou como principal condutor. Inexatidão das informações prestadas à seguradora no momento da avaliação do risco. Exigência do perfil para quantificar o valor do prêmio que não exclui a possibilidade de ceder o veículo para terceiro condutor. Prova da má-fé do segurado inexistente. Indenização devida, nos termos da apólice, compensando-se a diferença do valor do prêmio que deveria ter sido pago, caso tivesse sido informada a utilização do veículo pelo filho. Sentença reformada. Determinação de entrega dos salvados e documentos do veículo sinistrado. Descumprimento contratual que não gera dano moral. Recurso parcialmente provido. (TJSP. Ap. Cível. 1000717-18.2015. Rel. Des. Cesar Lacerda. 28ª Câmara. Direito Privado. Dj. 09/08/2016).

automóvel, considerando os termos da norma inscrita no art. 771 do Código Civil (CC). 2. O segurado não apenas deve informar à seguradora o sinistro ocorrido logo que o saiba, mas deve também tomar medidas razoáveis e imediatas que lhe estejam à disposição para atenuar as consequências danosas do evento, sob pena de perder o direito à indenização securitária. Assim, é ônus do segurado comunicar prontamente ao ente segurador a ocorrência do sinistro, já que possibilita a este tomar providências que possam amenizar os prejuízos da realização do risco, bem como a sua propagação. 3. A pena de perda do direito à indenização securitária inscrita no art. 771 do CC, ao fundamento de que o segurado não participou o sinistro ao segurador logo que teve ciência, deve ser interpretada de forma sistemática com as cláusulas gerais da função social do contrato e de probidade, lealdade e boa-fé previstas nos arts. 113, 421, 422 e 765 do CC, devendo a punição recair primordialmente em posturas de má-fé ou culpa grave, que lesionem legítimos interesses da seguradora. 4. A sanção de perda da indenização securitária não incide de forma automática na hipótese de inexistir pronta notificação do sinistro, visto que deve ser imputada ao segurado uma omissão dolosa, injustificada, que beire a má-fé, ou culpa grave, que prejudique, de forma desproporcional, a atuação da seguradora, que não poderá se beneficiar, concretamente, da redução dos prejuízos indenizáveis com possíveis medidas de salvamento, de preservação e de minimização das consequências. 5. Na hipótese dos autos, fatos relevantes impediram o segurado de promover a imediata comunicação de sinistro: temor real de represálias em razão de ameaças de morte feitas pelo criminoso quando da subtração do bem à mão armada no interior da residência da própria vítima. Assim, não poderia ser exigido comportamento diverso, que poderia lhe causar efeitos lesivos ou a outrem, o que afasta a aplicação da drástica pena de perda do direito à indenização, especialmente considerando a presença da boa-fé objetiva, princípio-chave que permeia todas as relações contratuais, incluídas as de natureza securitária. 6. É imperioso o pagamento da indenização securitária, haja vista a dinâmica dos fatos ocorridos durante e após o sinistro e a interpretação sistemática que deve ser dada ao art. 771 do CC, ressaltando-se que não houve nenhum conluio entre os agentes ativo e passivo do episódio criminoso, tampouco vontade deliberada de fraudar o contrato de seguro ou de piorar os efeitos decorrentes do sinistro, em detrimento dos interesses da seguradora. Longe disso, visto que o salvado foi recuperado, inexistindo consequências negativas à seguradora com o ato omissivo de entrega tardia do aviso de sinistro. 7. Recurso especial não provido.³⁸³

O dever de boa-fé objetiva imposto às partes envolvidas no contrato de seguro se estende desde o início do contrato até a sua conclusão, por força dos arts. 422 e 765 do Código Civil. No presente caso, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a existência da boa-fé do segurado com base em elementos fáticos que são incompatíveis com um comportamento maculado pela má-fé.

Em decorrência da boa-fé objetiva, ao segurado cabe tomar todas as providências necessárias para recuperar a coisa assegurada ou para evitar o agravamento do dano e prontamente levar a conhecimento do segurador a ocorrência do sinistro.³⁸⁴

Contrariamente à legislação de vários países, como a Itália, França, Portugal e Chile, o Código Civil não estabeleceu prazo limite para o segurado realizar a denúncia do sinistro ao segurador, o que possibilita melhor adaptação da boa-fé objetiva ao caso concreto. Por

³⁸³ STJ. REsp. 1546178/SP. Órgão Julgador: 3ª Turma. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Dj. 13/09/2016.

³⁸⁴ PINTO, Sergio Baeza. **El seguro**. 4. ed. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 2001. p. 117-118.

consequente, Pedro Alvim³⁸⁵ aduz que ressalvados os motivos justificáveis, a comunicação deve ser expedida o quanto antes, haja vista que o silêncio do segurado, além de agravar a situação dos remanescentes salvos do sinistro, impede o segurador de acautelar os seus interesses, fazendo pressupor uma conduta maliciosa.

Com efeito, a Corte Superior já consolidou entendimento no sentido de que a má-fé no atraso da comunicação não se configura imediatamente, devendo ser provada a omissão dolosa do segurado, resultando na impossibilidade do segurador de reduzir os prejuízos indenizáveis.

Observa-se no caso em análise a incidência das regras previstas nos arts. 113, 422 e 765 do Código Civil. Malgrado haja menção à regra do art. 421, inexistem quaisquer elementos fáticos, jurídicos ou doutrinários que atribuem a necessidade da aplicação da função social do contrato para solução da lide.

O próximo caso a ser analisado pode representar a luz e o propósito a que a função social do contrato se destina, ao possibilitar o acesso a uma justiça substancial, preocupada com a solução do caso concreto, atendendo às necessidades demandadas, com a consequente realização da dignidade da pessoa humana:

RECURSO ESPECIAL. SEGURO DPVAT. ACIDENTE DE TRÂNSITO. RETIRADA CIRÚRGICA DO BAÇO (ESPLENECTOMIA). HIPÓTESE NÃO PREVISTA NA TABELA UTILIZADA NA ÉPOCA DO ACIDENTE. POSTERIOR PREVISÃO NA TABELA INCLUÍDA NA LEI 6.194/74. DIREITO À COBERTURA. 1. A retirada cirúrgica do baço em decorrência de acidente de trânsito, independentemente da data do sinistro, deve ser considerada hipótese de invalidez permanente parcial, estando abrangida pela cobertura do seguro DPVAT. 2. Ainda que a situação não constasse da tabela utilizada até 2009, elaborada pelo CNSP, há expressa menção na lista incluída na Lei 6.194/74 pela Medida Provisória 456/09, a qual deve ser utilizada como instrumento de integração daquela. 3. Caráter exemplificativo das tabelas do seguro DPVAT descritivas de situações configuradores de invalidez permanente. 4. Consideração da natureza pública do seguro obrigatório e dos princípios da igualdade e da função social do contrato. 5. Cobertura concedida proporcionalmente ao grau de invalidez (Súmula 474/STJ). 6. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.³⁸⁶

O Seguro obrigatório de danos pessoais causados por veículos automotores de via terrestre, ou por sua carga, a pessoas transportadas ou não, ordinariamente conhecido por seguro DPVAT, está regulado na Lei 6.194, de 19 de dezembro de 1974.

³⁸⁵ ALVIM, Pedro. **O seguro e o novo código civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 68.

³⁸⁶ STJ. REsp. 1381214/SP. Órgão Julgador: 3ª Turma. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Dj. 20/08/2013.

Essa modalidade de seguro, conforme Marcelo de Oliveira Amorim³⁸⁷, tem por escopo amparar as vítimas de acidentes de trânsito em todo o território nacional, sem que seja necessária a verificação da culpa, destinando-se a sua cobertura exclusivamente aos danos pessoais causados a motoristas, passageiros e pedestres, em caso de morte, invalidez permanente ou reembolso de despesas médico-hospitalares.³⁸⁸

Observa-se no presente caso que a aplicação da função social do contrato foi feita no sentido de se promover a igualdade, com o atendimento às necessidades específicas exigidas pelo recorrente, afirmando assim a natureza social do contrato de seguro obrigatório.

Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça, ao considerar a nova tabela, interpretou tão somente os critérios científicos que pautaram a sua elaboração, adaptando a sua utilização com base na tabela anterior, visto que o rol de danos corporais é meramente exemplificativo.

O referido caso é o único registrado no repertório de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e pode ser o precursor de futuras interpretações substanciais da função social do contrato.

Os últimos acórdãos analisados sobre o contrato de seguro versam sobre casos de rescisão unilateral e recusa imotivada de renovação do contrato de seguro de vida.

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SEGURO DE VIDA. RESCISÃO UNILATERAL DO CONTRATO. RECUSA IMOTIVADA DE RENOVAÇÃO. DANOS MATERIAIS. 1. Face o entendimento pacificado pela Segunda Seção desta Corte, é abusiva a negativa de renovação do contrato de seguro de vida, mantido sem modificações ao longo dos anos, por ofensa aos princípios da boa fé objetiva, da cooperação, da confiança e da lealdade, orientadores da interpretação dos contratos que regulam as relações de consumo. Precedente específico da Segunda Seção desta Corte, Resp nº 1073595/MG, Rel. MIN. NANCY ANDRIGHI. 2. Considerando que a relação contratual mantida entre a agravante e os agravados se estendeu por mais de vinte anos, bem como o fato de já serem idosos, perfeita sintonia entre o presente caso e o 'leading case' desta Terceira Turma segundo o qual "a rescisão imotivada do contrato, em especial quando efetivada por meio de conduta desleal e abusiva - violadora dos princípios da boa-fé objetiva, da função social do contrato e da responsabilidade pós-contratual - confere à parte prejudicada o direito à indenização por danos materiais e morais". (REsp 1255315/SP, Rel. MIN. NANCY ANDRIGHI). 3. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO³⁸⁹.

AGRAVO REGIMENTAL. SEGURO DE VIDA. RESCISÃO UNILATERAL DO CONTRATO. RECUSA IMOTIVADA DE RENOVAÇÃO. DANOS MORAIS.

³⁸⁷ AMORIM, Marcelo de Oliveira. **Guia prático do seguro dpvat**. Campo Grande: Contemplar, 2011. p. 11; SENE, Leone Trida. **Seguro de pessoas: negativas de pagamento das seguradoras**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 152.

³⁸⁸ Nesse sentido, Ernesto Tzirulnik, Flávio Cavalcanti e Ayrton Pimentel aduzem que o seguro DPVAT é modalidade de seguro de dano, pois dispensa a situação capaz de engendrar a responsabilização do segurado. TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio de Queiroz Bezerra; PIMENTEL, Ayrton. **O contrato de seguro**: de acordo com o novo código civil brasileiro. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p. 147.

³⁸⁹ STJ. AgRg no REsp 1230665/SP. Órgão Julgador: 3ª Turma. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Dj. 05/03/2013.

OCORRÊNCIA. PRESCRIÇÃO. PRECLUSÃO. OCORRÊNCIA. 1.- "A rescisão imotivada do contrato, em especial quando efetivada por meio de conduta desleal e abusiva - violadora dos princípios da boa-fé objetiva, da função social do contrato e da responsabilidade pós-contratual - confere à parte prejudicada o direito à indenização por danos materiais e morais". (REsp 1255315/SP, Rel. MIN. NANCY ANDRIGHI). 2.- A alegação da ocorrência da prescrição ânua como tese de defesa nos contra-arrazoados do Recurso Especial mostra-se preclusa, pois caso tivesse interesse em reformar o acórdão recorrido quanto ao tema, deveria, após o Recurso Especial interposto, ter apresentado recurso adesivo. 3.- Agravo Regimental improvido.³⁹⁰

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SEGURO DE VIDA. RESCISÃO UNILATERAL DO CONTRATO. RECUSA IMOTIVADA DE RENOVAÇÃO. DANOS MORAIS. OCORRÊNCIA REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 07/STJ. 1. Face o entendimento pacificado pela Segunda Seção desta Corte, é abusiva a negativa de renovação do contrato de seguro de vida, mantido sem modificações ao longo dos anos, por ofensa aos princípios da boa fé objetiva, da cooperação, da confiança e da lealdade, orientadores da interpretação dos contratos que regulam relações de consumo. 2. "A rescisão imotivada do contrato, em especial quando efetivada por meio de conduta desleal e abusiva - violadora dos princípios da boa-fé objetiva, da função social do contrato e da responsabilidade pós-contratual - confere à parte prejudicada o direito à indenização por danos materiais e morais". (REsp 1255315/SP, Rel. MIN. NANCY ANDRIGHI). 3. A elisão das conclusões do aresto impugnado, comprovando a ocorrência dos danos morais, demandaria o revolvimento dos elementos de convicção dos autos, soberanamente delineados pelas instâncias ordinárias, providência vedada nesta sede especial a teor da súmula 07/STJ. 4. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.³⁹¹

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SEGURO DE VIDA. IDOSOS. RESCISÃO UNILATERAL IMOTIVADA APÓS ANOS DE RENOVAÇÃO. DANOS MORAIS. CABIMENTO. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. PRECEDENTES. 1. A jurisprudência desta Corte já se posicionou no sentido de que "a rescisão imotivada do contrato, em especial quando efetivada por meio de conduta desleal e abusiva - violadora dos princípios da boa-fé objetiva, da função social do contrato e da responsabilidade pós-contratual - confere à parte prejudicada o direito à indenização por danos materiais e morais". (REsp 1255315/SP, Rel. Min. Nancy Andrigli). 2. A egrégia Segunda Seção firmou o entendimento de que, "no caso de dano moral puro, a quantificação do valor da indenização, objeto da condenação judicial, só se dar após o pronunciamento judicial, em nada altera a existência da mora do devedor, configurada desde o evento danoso. A adoção de orientação diversa, ademais, ou seja, de que o início da fluência dos juros moratórios se iniciasse a partir do trânsito em julgado, incentivaria o recorrimo por parte do devedor e tornaria o lesado, cujo dano sofrido já tinha o devedor obrigação de reparar desde a data do ato ilícito, obrigado a suportar delongas decorrentes do andamento do processo e, mesmo de eventuais manobras processuais protelatórias, no sentido de adiar a incidência de juros moratórios" (REsp 1.132.866/SP, Rel. p/ Acórdão Min. Sidnei Beneti). 3. Agravo regimental não provido.³⁹²

Uma questão recorrente no Superior Tribunal de Justiça diz respeito à renovação do contrato de seguro, mais precisamente na negativa das seguradoras em fazer a renovação do contrato após longo tempo de relação negocial.

³⁹⁰ STJ. AgRg nos EDcl no REsp 1320969/SP, 3ª Turma. Rel. Min. Sidnei Beneti. Dj. 20/09/2012.

³⁹¹ STJ. AgRg nos EDcl no Ag 1364104/SP. 3ª Turma. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Dj. 07/08/2012.

³⁹² STJ. AgRg no AREsp 193.379/RS. 3ª Turma. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Dj. 02/05/2013.

Lides dessa natureza vêm sendo decididas de maneira a reconhecer como abusivas as cláusulas que permitem a não-renovação ou a resolução unilateral do contrato de seguro de vida, à luz do Código de Defesa do Consumidor e da função social do contrato.

É comum a seguradora expressar a sua intenção de não renovar o contrato quando o segurado passa a apresentar maiores probabilidades de sofrer o sinistro, ou seja, quando atinge determinada idade ou é acometido por doença grave e com poucas chances de recuperação, sendo justamente no momento em que o segurado mais necessita, a seguradora maliciosamente se vale da cláusula que prevê a possibilidade de não-renovação automática como subterfúgio para desconstituir o vínculo negocial com o segurado.

Há doutrinadores que entendem que o princípio da função social do contrato é invocado como fundamento para limitar a autonomia privada, no caso da seguradora, atuando como instrumento de concretização do princípio da solidariedade social e tutela efetiva da dignidade da pessoa humana.

Entretanto, há, no direito das obrigações e consequentemente no direito contratual, o reconhecimento universal de que as justas expectativas das partes envolvidas no negócio jurídico merecem tutela jurídica, visto que somente seria possível a convivência social se as pessoas pudessem confiar que suas legítimas expectativas fossem garantidas.³⁹³

Por conseguinte, o direito formulou a teoria da confiança, que reconhece o consumidor como parte vulnerável nas relações contratuais em massa, características da realidade social contemporânea.³⁹⁴

Nesse diapasão, observa-se que, nos acórdãos analisados, a expressão “confiança” ganha destaque ao figurar como vertente material da boa-fé objetiva³⁹⁵, ao se aproximar de uma das figuras do direito comparado, qual seja, a *surrectio*.

³⁹³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social:** a boa-fé objetiva no ordenamento jurídico e a jurisprudência contemporânea. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 53.

³⁹⁴ MARQUES, Cláudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o código de defesa do consumidor e o código civil de 2002. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de; TORRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo (Coord.). **Princípios do novo código civil brasileiro e outros temas:** homenagem a Tullio Ascarelli. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 156. No mesmo sentido: ASCENSÃO, José de Oliveira. As pautas de valoração do conteúdo dos contratos no código de defesa do consumidor e no código civil. In: LOTUFO, Renan; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coord.). **20 anos do código de defesa do consumidor:** conquistas, desafios e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 232; ZANCHET, Marília. A nova força obrigatória dos contratos e o princípio da confiança no ordenamento jurídico brasileiro: análise comparada entre o CDC e o CC/2002. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 58, p. 117, abr./jun. 2006.

³⁹⁵ Nesse sentido, Cf: CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2013. p. 1245-1251.

Judith Martins-Costa e Gerson Branco³⁹⁶ aduzem que a *surrectio* (*Erwirkung*), indica o nascimento de um direito como efeito da confiança depositada na contraparte ao longo do tempo, em decorrência de determinada ação ou comportamento.

É o que nitidamente se observa nos casos trazidos nos acórdãos, visto que o beneficiário de um seguro de vida, cujo contrato vem sendo sistematicamente renovado por décadas, não pode ser surpreendido com a recusa imotivada da sua renovação. Muito embora seja ajustado por tempo determinado, a conduta reiterada da seguradora ao longo do tempo desperta a confiança no segurado, no sentido de que não mais lhe será recusada a renovação do contrato sem justa causa.³⁹⁷

Por fim, é possível concluir, com base no conteúdo dos acórdãos analisados, que a função social do contrato, embora esteja presente como fundamento em grande parte das decisões, revela-se como essencial somente em uma delas, ao servir como meio para alcançar um direito que seria impossível de se obter com os dispositivos aplicáveis ao contrato de seguro.

4.3 Os contratos de crédito educativo e a função social do contrato

Os casos analisados a seguir versam sobre o contrato de crédito educativo, que, além de demonstrar uma mudança de entendimento do STJ sobre o assunto, revelam uma interpretação curiosa sobre uma suposta aplicação da função social do contrato.

Antes de adentrar ao estudo dos acórdãos, é importante tecer algumas noções básicas sobre o contrato de crédito educativo. O crédito educativo é um programa do governo brasileiro para viabilizar o acesso de estudantes carentes que concluíram o ensino médio aos cursos de nível superior, sendo também genericamente denominado financiamento para ingresso ou para prosseguimento nos estudos universitários.³⁹⁸

Por conseguinte, o crédito educativo possui natureza jurídica de fundo público institucional, gerenciado pelo Ministério da Educação e administrado pela Caixa Econômica Federal, de acordo com o previsto nos arts. 3º e 4º da lei 8.436/92.

Assim sendo, estão envolvidos no contrato de crédito educativo, o Ministério da Educação e do Desporto, responsável pelo estabelecimento das diretrizes gerais do programa,

³⁹⁶ MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 217-219.

³⁹⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social: a boa-fé objetiva no ordenamento jurídico e a jurisprudência contemporânea**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 65.

³⁹⁸ DUARTE, Davi. Crédito educativo. **Revista CEJ**, Brasília, DF, n. 26, p. 6, jul./set. 2004.

bem como sua supervisão e transferência dos recursos; a Caixa Econômica Federal, que figura apenas como executora do programa no que diz respeito às normas operacionais e creditícias e a instituição de ensino superior credenciada para prestar o serviço educacional.

Com efeito, a recomposição do crédito educativo se dá à medida que o pagamento dos financiamentos é efetuado pelos últimos estudantes beneficiados pelo programa.

O Superior Tribunal de Justiça havia firmado o entendimento no sentido de que o contrato de crédito educativo não constitui relação de consumo, o que afasta a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, como se observa na seguinte decisão:

ADMINISTRATIVO – CRÉDITO EDUCATIVO – NATUREZA JURÍDICA – CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. 1. Na relação travada com o estudante que adere ao programa do crédito educativo, não se identifica relação de consumo, porque o objeto do contrato é um programa de governo, em benefício do estudante, sem conotação de serviço bancário, nos termos do art. 3º, § 2º, do CDC. 2. Contrato disciplinado na Lei 8.436/92, em que figura a CEF como mera executora de um programa a cargo do Ministério da Educação, o qual estabelece as normas gerais de regência e os recursos de sustentação do programa. 3. Recurso especial desprovido.³⁹⁹

Para a ministra Eliana Calmon⁴⁰⁰, relatora do processo, o crédito educativo não é um serviço bancário, mas sim um programa do governo, o qual é custeado inteiramente pela União, sendo que a Caixa Econômica Federal apenas oferece esse serviço como preposta ou delegada, não contribuindo com o financiamento com o subsídio de seus cofres.

Entretanto, a 1ª turma do STJ recentemente manifestou-se favorável no sentido de reconhecer a onerosidade excessiva da multa contratual nos casos de inadimplemento do contrato de crédito educativo:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DECISÃO PROFERIDA SINGULARMENTE PELO RELATOR. POSSIBILIDADE. ART. 557 DO CPC. ENSINO SUPERIOR. CONTRATO DE CRÉDITO EDUCATIVO. FINALIDADE SOCIAL. EXEGESE PECULIAR DAS SUAS DISPOSIÇÕES. MULTA CONTRATUAL DE 10% NOS CASOS DE INADIMPLEMENTO. PERCENTUAL DEMASIADAMENTE

³⁹⁹ STJ REsp. 625.904/RS. 3ª Turma. Rel. Min. Eliana Calmon. Dj. 27/04/2004. A partir desse julgado, o referido entendimento passou a ser dominante no STJ: ADMINISTRATIVO. CONTRATO DE CRÉDITO EDUCATIVO. INAPLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. 1. Esta Turma tem decidido reiteradamente que, na relação travada com o estudante que adere ao programa do crédito educativo, não se identifica relação de consumo, porque o objeto do contrato é um programa de governo, em benefício do estudante, sem conotação de serviço bancário. Dessa forma, a multa contratualmente pactuada (10%) não pode ser afastada com fundamento no artigo 52, § 1º, do CDC. 2. A Primeira Seção, ao julgar o REsp 1.155.684/RN (Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 18.5.2010), submetido ao procedimento de que trata o art. 543-C do Código de Processo Civil, confirmou a orientação desta Turma, no sentido da inaplicabilidade das disposições do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de financiamento estudantil. 3. Recurso especial provido. (STJ. REsp 1256227/RS. 2ª Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques. Dj. 14/08/2012.

⁴⁰⁰ STJ. REsp. 625.904/RS. 3ª Turma. Rel. Min. Eliana Calmon. Dj. 27/04/2004. (voto do relator), p. 4.

ONEROSO. EXCESSO. POSIÇÃO DOMINANTE. INFRINGÊNCIA DE REGRAS PADRONIZADAS DO SISTEMA DE PROTEÇÃO DO EQUILÍBRIO NAS RELAÇÕES DE CRÉDITO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Nos termos do art. 557, é facultado ao Relator negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. Assim, atendida uma das condições previstas, pode o julgador negar seguimento ao recurso, em apreço à celeridade dos julgamentos e ao princípio da efetividade do processo. 2. Ademais, eventual impropriedade processual da decisão monocrática fica superada, uma vez instado o órgão colegiado a se pronunciar em sede de Agravo Regimental. 3. O Contrato de Crédito Educativo, dada a elevada finalidade nitidamente social da sua instituição, não deve ser interpretado sem levar-se em conta a sua especificidade, como se fosse uma relação financeira comum, por isso que a sua compreensão assimila as regras que servem de padrão ao sistema de proteção ao equilíbrio das relações de crédito, em proveito da preservação de sua teleologia. 4. Embora a jurisprudência desta Corte Superior seja no sentido da não-aplicação do CDC aos Contratos de Crédito Educativo, não se deve olvidar a ideologia do Código Consumerista consubstanciada no equilíbrio da relação contratual, partindo-se da premissa da maior vulnerabilidade de uma das partes. O CDC, mesmo não regendo diretamente a espécie sob exame, projeta luz na sua compreensão. Neste caso, o CDC foi referido apenas como ilustração da orientação jurídica moderna, que valoriza o equilíbrio entre as partes da relação contratual, porquanto essa diretriz está posta hoje em dia, no próprio Código Civil. 5. Vale dar destaque as normas insertas nos arts. 421 e 422 do CC, as quais tratam, respectivamente, da função social do contrato e da boa-fé objetiva. A função social apresenta-se hodiernamente como um dos pilares da teoria contratual. É um princípio determinante e fundamental que, tendo origem na valoração da dignidade humana (art. 1º. da CF), deve determinar a ordem econômica e jurídica, permitindo uma visão mais humanista dos contratos que deixou de ser apenas um meio para obtenção de lucro. 6. Da mesma forma, a conduta das partes contratantes deve ser fundada na boa-fé objetiva, que, independentemente do subjetivismo do agente, as partes contratuais devem agir conforme o modelo de conduta social, geralmente aceito (consenso social), sempre respeitando a confiança e o interesse do outro contratante. 7. Tratando-se no caso dos autos de Contrato de Crédito Educativo e levando-se em conta a elevada finalidade social da sua instituição, mostra-se desarrazoada uma multa contratual no valor de 10%. 8. Agravo Regimental desprovido.⁴⁰¹

Muito embora haja a boa vontade da Corte Superior em reconhecer a abusividade da multa contratual, a fundamentação utilizada na estrutura do acórdão apresenta algumas inconsistências materiais e processuais.

Primeiramente, observa-se que foi mantido o entendimento no sentido de ser inaplicável o Código de Defesa do Consumidor, por não se tratar de uma relação de consumo. Malgrado tal raciocínio esteja correto, a indicação do diploma consumerista como ilustração da orientação jurídica hodierna se mostra ineficaz no que diz respeito à pretensão do autor.

Entretanto, o STJ ao reduzir o percentual da multa para 2%, com fundamento nos arts. 421 e 422 do Código Civil, bem como no enunciado 167, aprovado na III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho de Justiça Federal, acabou por aplicar o diploma

⁴⁰¹ STJ. AgRg no REsp 1272995/RS. 1ª Turma Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Dj. 07/02/2012.

consumerista de forma indireta, “escondido” na vagueza conceitual da função social do contrato⁴⁰².

Tal raciocínio novamente é demonstrado nos embargos de divergência deste recurso especial:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONTRATO DE CRÉDITO EDUCATIVO. MULTA POR INADIMPLENTO. AUSÊNCIA DE DISSIDÊNCIA ENTRE OS JULGADOS CONFRONTADOS. NÃO CONHECIMENTO. 1. Os embargos de divergência tem por finalidade precípua a uniformização da jurisprudência desta Corte, sendo indispensável para o seu conhecimento a comprovação de que houve interpretação divergente pelas Turmas e Seções do STJ acerca de situações idênticas. 2. No caso, conforme se pode depreender do acórdão embargado, a Primeira Turma reconhece expressamente que o contrato celebrado pelo estudante que adere ao programa de crédito educativo não é regido pelo Código de Defesa do Consumidor, asseverando que, no caso, "o CDC foi referido apenas como ilustração da orientação jurídica moderna, que valoriza o equilíbrio entre as partes da relação contratual, porquanto essa diretriz está posta hoje em dia, no próprio Código Civil" (e-STJ fl. 177). Desta feita, ao contrário do afirmado pelo ora embargante, a redução da multa para 2% não foi embasada na aplicação do Código de Defesa do Consumidor, mas sim no entendimento de que aplicável ao caso as "normas insertas nos arts. 421 e 422 do CC, as quais tratam, respectivamente, da função social do contrato e da boa-fé objetiva" (e-STJ fls. 158), do que se concluiu ser desarrazoada uma multa contratual no valor de 10%. 3. Também os acórdãos indicados como paradigma firmaram orientação no sentido de ser inaplicável aos contratos de crédito educativo as disposições do Código de Defesa do Consumidor, e, por tal razão, determinaram a observância da multa aplicada no contrato previamente pactuado, e não aquela de 2% prevista no art. 52, parágrafo 1º, do Código de Defesa do Consumidor. 4. Não verifica, portanto, a dissidência interna quanto à interpretação do direito em tese a ser eliminada por esta Colenda Primeira Seção, visto que os julgados confrontados não divergem quanto à inaplicabilidade do Código do Consumidor aos contratos de crédito educativo. 5. Embargos de divergência não conhecidos.⁴⁰³

Este caso evidencia um dos maiores perigos acerca da função social do contrato, qual seja a sua distorção argumentativa. A existência de um conceito elástico, indeterminado pelo Direito, não pressupõe que ele possa ser deformado para se atingir um resultado, mesmo que ele seja razoável, destoando de sua possibilidade como fundamento.⁴⁰⁴

Para o caso analisado, seria mais adequado o apenas respaldo no art. 422 do Código Civil e o enunciado 172, aprovado na III Jornada de Direito Civil,⁴⁰⁵ visto que oferecem um embasamento concreto para a solução do caso, partindo do raciocínio de que as cláusulas

⁴⁰² STJ. AgRg no REsp 1272995/RS. 1ª Turma Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Dj. 07/02/2012. (voto do relator). p. 6.

⁴⁰³ STJ. EREsp 1272995/RS. 1ª Seção. Rel. Min. Mauro Campbell Marques. Dj. 26/09/2012.

⁴⁰⁴ Nesse sentido, Cf: STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto?** decido conforme minha consciência? 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 53.

⁴⁰⁵ Art. 424: As cláusulas abusivas não ocorrem exclusivamente nas relações jurídicas de consumo. Dessa forma, é possível a identificação de cláusulas abusivas em contratos civis comuns, como, por exemplo, aquela estampada no art. 424 do Código Civil de 2002.

abusivas não são exclusivas dos contratos de consumo, podendo existir em outras espécies contratuais.

No que tange à boa-fé objetiva, o dever de cooperação revela-se indispensável, visto que a parte aderente nessa modalidade de contrato, na grande maioria das vezes, pode ser vista como vulnerável, o que implica a condução da relação jurídica de forma a amparar a parte contratante, no sentido de viabilizar e facilitar o adimplemento, tutelando-se a dignidade do devedor, o crédito do titular ativo e a solidariedade entre ambos.

Com efeito, é nítido que essa modalidade de contrato tem relevante finalidade social, entretanto, a indicação do art. 421 do diploma civil, sem substratos fáticos que conduzem a aplicação da função social do contrato, faz com que o referido dispositivo novamente seja inócuo como fundamento, distanciando-se do seu propósito.

4.4 Os contratos de compra e venda de imóvel financiado e a função social do contrato

A questão da moradia é sempre um dos principais temas em pauta dos governos e das políticas públicas em todo o mundo, não sendo diferente no Brasil.

A palavra moradia, no sentido literal, significa morada, casa, residência, habitação, lugar onde se mora; e habitação denota residência, moradia. A moradia, para Ingo Wolfgang Sarlet⁴⁰⁶ é elemento essencial à condição da existência humana, sendo intransferível e considerado até mesmo como um direito da personalidade.

Na qualidade de direito individual, fundamental e não patrimonial, ostenta ainda outras características, tais como a irrenunciabilidade ou indisponibilidade, a ilicitude de sua violação e a universalidade.⁴⁰⁷

Apesar de individual, o direito à moradia é interdependente, ou seja, interage com os demais direitos fundamentais, os quais, a título de exemplo, podem ser citados o direito à vida, à integridade física, à educação, à assistência, ao segredo doméstico, à inviolabilidade do domicílio, haja vista que tais direitos não podem ser interpretados isoladamente, mas sempre de forma conjunta com o escopo de alcançar os objetivos previstos pelo legislador constituinte.⁴⁰⁸

⁴⁰⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Art. 6º. In: CANOTILHO, Joaquim José Gomes et al. (Coord.). **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 547.

⁴⁰⁷ SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à moradia e de habitação**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004. p. 119.

⁴⁰⁸ Ibid., p. 120.

Com efeito, é possível afirmar que a questão da moradia é um problema social. Nota-se por sua vez que o legislador brasileiro não foi inerte ou insensível a esse problema, pelo menos do ponto de vista normativo, visto que o art. 6º da Constituição Federal estabeleceu a moradia como um direito fundamental social.

O direito à moradia, fruto do princípio da dignidade humana, é inerente e essencial ao indivíduo, mas a garantia de sua efetividade depende do Poder Público, estando diretamente ligado ao direito à propriedade e sua função social, sendo que uma de suas formas de acesso e aquisição é justamente o contrato.

Por sua vez, o Estado se mostra deficiente e impossibilitado de prestar uma moradia universal e gratuita aos cidadãos, permitindo, portanto, que sejam realizados acordos institucionais que possam viabilizar o acesso à moradia.

Nesse sentido, a figura do crédito ou financiamento imobiliário se apresenta como um importante instrumento das políticas públicas voltadas à concretização do direito fundamental de moradia. Como bem apontado por Gerardo Arrieta⁴⁰⁹, “*el financiamiento de la vivienda es un elemento central de toda política habitacional.*”

Especificamente no Brasil, são diversos os estudos que demonstram o crescimento da concessão de crédito ou financiamento com o objetivo de promover a aquisição da casa própria, revelando que o mercado de crédito possui um lugar de destaque no desenvolvimento econômico e social.⁴¹⁰

Nessa modalidade de contrato, o aderente, intentando exercer seu direito à moradia, pode contratar mútuo com uma instituição bancária, a fim de levantar recursos para adquirir a casa própria, devendo esse ajuste ser regulado com respaldo no Código Civil e no Código do Consumidor.

O mesmo se aplica aos contratos de financiamento de crédito para aquisição da casa própria, celebrados com a instituição financeira com base nas regras do Sistema Financeiro da Habitação.

Foi com a vigência da lei n. 4.380, de 21 de agosto de 1964, em seu art. 8º, que se instituiu o sistema financeiro para aquisição da casa própria, cujo objetivo original era facilitar e promover a construção e a aquisição da casa própria ou moradia, especialmente pelas classes de menor renda da população.

⁴⁰⁹ GONZALES ARRIETA, Gerardo M. El crédito hipotecario y el acceso a la vivienda para los hogares de menores ingresos en América Latina. **Revista Cepal**, Santiago, n. 85, p. 116, abr. 2005.

⁴¹⁰ BARBOSA, Fernando de Holanda. **O sistema financeiro brasileiro**. Rio de Janeiro, [20--]. Disponível em: <<http://www.fgv.br/professor/fholanda/Arquivo/Sistfin.pdf>>. Acesso: 25 maio 2017.

A doutrina prontamente buscou a definição desses pactos. Antônio Carlos Efig⁴¹¹ aduz que o financiamento é um adiantamento relativo à operação bancária que tem por objetivo emprestar a pessoa física ou jurídica determinado montante para ser utilizado com intento negocial, ao passo que o financiamento imobiliário é um ajuste por meio de contrato de mútuo para a aquisição da casa própria ou de abertura de crédito para a construção de unidades habitacionais.

Os contratos de financiamento firmados conforme as regras do Sistema Financeiro de Habitação surgiram para remediar a situação caótica do acesso à moradia no Brasil, trazendo uma solução de grande porte e efetividade.

O Sistema Financeiro de Habitação teve seu fastígio na década de 70 e no início da década de 80, com o episódio histórico conhecido por "milagre econômico", marcado por altas taxas de empregos, elevado índice de consumo e investimentos no setor habitacional, o que fomentou uma procura significativa de empréstimos para a obtenção da casa própria.

No entanto, a época de transição entre o governo militar e o civil representou o começo da decadência do sistema, com o fim do Banco Nacional da Habitação (BNH), a destituição do Fundo de Compensação da Variação Salarial (FCVS) dos contratos de financiamento e principalmente com a recessão e a inflação, que contribuíram pesadamente para a escassez de recursos para o SFH, e a moldagem de contratos desequilibrados para a obtenção dos empréstimos.

Não demorou muito, portanto, para surgirem problemas decorrentes do desvio dos objetivos primários do contrato de financiamento de imóveis com base nas regras do SFH.

Tornou-se corriqueira a situação dos adquirentes de imóvel financiado, que, após terem pagado as prestações à construtora, acabavam prejudicados pela execução hipotecária movida pelo agente financeiro, mutuante dos recursos do empreendimento.⁴¹²

A constituição de hipoteca é comum nos contratos de construção e incorporação imobiliária. Como frequentemente o construtor não tem condições econômicas para arcar com a sua obra, celebra um contrato de empréstimo de dinheiro com um agente financeiro, oferecendo o próprio imóvel como garantia, incluindo todas as unidades do futuro condomínio.

A solução existente à época era a mais injusta possível, e consistia em impor aos adquirentes uma nova negociação com o financiador, de quem não eram mutuários, para

⁴¹¹ EFING, Antônio Carlos. **Contratos e procedimentos bancários à luz do código de defesa do consumidor**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. p. 149.

⁴¹² GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 195.

pagar a dívida contraída pela construtora, sob pena de perder a unidade por eles adquirida, visto que um dos principais efeitos da hipoteca é a constituição de um vínculo real, que acompanha a coisa e tem efeito *erga omnes*, conferindo o direito de excussão ao credor hipotecário contra quem esteja o bem.

No entanto, houve um entendimento no sentido de não se aplicar as regras do Código Civil relativas à hipoteca, se a aplicação levar a uma injustiça, fazendo assim uma vaga menção à ideia de função social do contrato, mesmo antes da vigência do Código Civil de 2002, como se observa no julgado do extinto Tribunal de Alçada Cível do Estado de São Paulo:

COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA – Hipoteca – Incidência do gravame sobre as unidades condominiais adquiridas pelos compromissários-compradores – Inadmissibilidade, uma vez que o credor hipotecário não notificou os adquirentes de boa-fé a respeito de eventual constrição sobre os bens em caso de inadimplemento do incorporador, devedor hipotecário. Se a construtora, para viabilizar empreendimento, obtém financiamento da construção com garantia hipotecária não só do terreno como das próprias unidades residenciais, não é admissível que os compromissários-compradores dos imóveis respondam pelas obrigações da devedora perante a instituição imobiliária, pois se a alienação foi consentida pelo credor hipotecário, competia a este notificar os adquirentes de boa-fé dos efeitos da hipoteca se o devedor hipotecário se tornasse inadimplente.⁴¹³

A conclusão do referido julgado foi no sentido de que a execução hipotecária pelo agente financeiro que não notificou os adquirentes constituiu abuso de direito, consequentemente distanciando o contrato de sua função social.

Por sua vez, também é possível observar a falta de solidarismo na relação contratual, valor intrínseco à função social do contrato.

O referido assunto também foi debatido no Superior Tribunal de Justiça:

PROMESSA DE COMPRA E VENDA. Embargos de terceiros. Hipoteca. SFH. A garantia hipotecária do financiamento concedido pelo SFH para a construção de imóveis não atinge o terceiro adquirente da unidade. Recurso conhecido e provido.⁴¹⁴

Posteriormente, tal entendimento atingiu a sua maturação e foi assentado na súmula 308: “A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à

⁴¹³ 1º TACSP, 8ª Câm. Ap. 378.569. Rel. Juiz Pinheiro Franco. j. 11/11/1987. RT 746/107. Em complemento, é oportuno trazer uma passagem do referido julgado, cujas ideias à época foram, no mínimo, revolucionárias: “já é hora de advogar a revisão de alguns conceitos jurídicos tradicionais, aplicáveis aos casos de aquisição da casa própria, para, com nova inspiração, apartar-se da letra fria da lei quando ela representar abominável injustiça no caso concreto. A justiça se faz na lide específica, não considerada a norma isolada, de caráter e aplicação geral.”

⁴¹⁴ STJ. REsp 239.557/SC. 4ª Turma. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. Dj. 07/08/2000.

celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel.”

A referida súmula visa justamente proteger o adquirente do imóvel, restringindo os efeitos da hipoteca. À luz da boa-fé objetiva, aquele que adquiriu o bem e pagou pontualmente as suas parcelas não pode ser prejudicado pelo inadimplemento da construtora, sujeitando-se a uma obrigação que não é sua.

Observa-se, por sua vez, que a súmula 308 do STJ também visa proteger o direito à moradia, assegurado constitucionalmente no art. 6º da Magna Carta, e mantém relação com o princípio da função social do contrato, visto que preserva os efeitos do contrato de compra e venda do imóvel em favor do consumidor, parte economicamente mais fraca, além de preservar o negócio jurídico, em consonância com o princípio da conservação dos contratos, inerente à concepção social do contrato.

Superado esse ponto, cabe trazer a análise de um assunto mais recente sobre esse tema, qual seja, a análise da função social dos contratos de financiamento imobiliário a partir da doutrina do *Law and Economics*.

Destarte, para que seja feita essa parte do estudo, faz-se necessário considerar o seu *leading case*, o Recurso Especial nº 1.163.283/RS.

A questão principal discutida no julgamento do Recurso Especial nº 1.163.283/RS era determinar se as disposições da Lei nº 10.931/2004⁴¹⁵, em especial o art. 50⁴¹⁶, se aplicam aos contratos de financiamento imobiliário do Sistema Financeiro de Habitação ou se tais regras somente se aplicam aos contratos disciplinados pela referida lei.

O art. 50 da Lei n. 10.931/2004 determina que o devedor do contrato de financiamento imobiliário, ao ajuizar uma ação contra a instituição financeira, deverá quantificar o valor incontroverso e indicar na petição inicial as obrigações contratuais que pretende converter, sob pena de inépcia da inicial.

Ricardo Lupion e Tiago Faganello⁴¹⁷ aduzem que tal iniciativa trouxe para o sistema uma medida salutar, ao obrigar o devedor a indicar, no ingresso da ação, o valor

⁴¹⁵ A Lei nº 10.931/2004 dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, letra de crédito imobiliário, cédula de crédito imobiliário e cédula de crédito bancário.

⁴¹⁶ Lei nº 10.931/2004. Art. 50. Nas ações judiciais que tenham por objeto obrigação decorrente de empréstimo, financiamento ou alienação imobiliários, o autor deverá discriminar na petição inicial, dentre as obrigações contratuais, aquelas que pretende controverter, quantificando o valor incontroverso, sob pena de inépcia. § 1º O valor incontroverso deverá continuar sendo pago no tempo e modo contratados. § 2º A exigibilidade do valor controvertido poderá ser suspensa mediante depósito do montante correspondente, no tempo e modo contratados.

⁴¹⁷ LUPION, Ricardo Garcia; FAGANELLO, Tiago. Os contratos de financiamento imobiliário: uma releitura da função social do contrato a partir da doutrina de direito e economia adotada em julgamento do superior tribunal de justiça. In: LUZARDO, Francisco de León; GORDILHO, Heron José de Santana; PILAU SOBRINHO, Liton Lanes (Coord.). **Direito, economia e desenvolvimento sustentável**. Florianópolis: Conpedi, 2016. p. 12.

incontroverso, ou seja, aquele que o devedor entende que é devido e que tem a obrigação de pagá-lo.

Antes da vigência da referida lei, eram frequentes as ações revisionais movidas pelos mutuários contra as instituições financeiras sem a indicação dos valores devidos, causando, assim, a suspensão do pagamento das prestações. Ao final da ação, com a atualização dos valores acumulados ao longo de sua tramitação, a dívida, por vezes, se tornava impagável, representando consequentemente um grande desestímulo para a atuação dos agentes financeiros no segmento habitacional.

Nas ações de revisão contratual promovidas pelos mutuários em face do agente financeiro, pleiteando a redução das taxas de juros e dos valores pagos, o juízo de primeiro grau entendeu não serem aplicáveis as exigências do art. 50 da lei 10.931/2004 aos contratos celebrados pelo Sistema Financeiro de Habitação, simplesmente por não haver disposição expressa nesse sentido, fazendo assim, interpretação restritiva do referido dispositivo.

Ao examinar essa questão, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul também entendeu pela não incidência dos dispositivos da Lei nº 10.931/2004, como se observa no seguinte julgado:

APELAÇÃO CÍVEL. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. PROCESSO CIVIL. REVISIONAL DE CONTRATO HABITACIONAL INÉPCIA DA INICIAL. O pedido dos mutuários atende às disposições do artigo 282, inciso IV do CPC, em especial ao que respeita à especificação do pedido, tanto assim que oportunizou o oferecimento de defesa pelo mutuante. **Inaplicável à espécie o art. 50, da Lei nº 10.931/04, considerando a inexistência de referência expressa aos contratos do Sistema Financeiro da Habitação, o qual é regido por legislação específica.** DESNECESSÁRIA A REALIZAÇÃO DE PROVA PERICIAL. Tratando-se a matéria de mérito exclusivamente de direito e prescindível de conhecimento especial técnico, incabível a realização de perícia. FALTA DE INTERESSE RECURSAL. O mutuante carece de interesse processual quanto à repetição do indébito, já que não houve condenação na origem, mas sim decaimento do pedido por parte da mutuária. Recurso não conhecido, no particular, nos termos do art. 499 do CPC. Lições doutrinárias. APLICAÇÃO DO CDC AOS CONTRATOS DO SFH. Há relação de consumo entre o agente financeiro do SFH, que concede empréstimo para aquisição de casa própria, e o mutuário, razão pela qual aplica-se o Código de Defesa do Consumidor. Precedentes. Súmula 297 do STJ. TABELA PRICE. A capitalização dos juros é proibida (Súmula 121/STJ), somente aceitável quando expressamente permitida em lei (Súmula 93/STJ), o que não acontece no SFH. Verificada a contratação expressa da tabela *price* e que esta contém fórmula que privilegia a cobrança de juros sobre juros, devido à função exponencial, causando oneração excessiva ao mutuário, deve ser revisada a cláusula para afastar sua incidência e determinar o (re)cálculo das prestações através da contagem de juros simples ou linear. Precedentes da Corte e do STJ. DA ORDEM DE AMORTIZAÇÃO DO SALDO DEVEDOR. A correção monetária do saldo devedor deve ocorrer antes da amortização das prestações, o que não caracteriza violação do contido no art. 60 da Lei nº 4.380, de 21/8/1964, que, aliás, na jurisprudência do STJ, resultou superada pela edição do Decreto 19/66. LIMITAÇÃO DE JUROS. Os juros nos contratos do SFH encontram limitação pela normatização do próprio sistema, referendado posteriormente por lei específica (Lei

nº 8.692/93), que os limitou em 12%. *In casu*, o contrato prevê taxa de juro pactuado de acordo com o limite legal previsto, devendo, porém, ser observada a taxa de juros nominal contratada, pois em se tratando de contrato de financiamento habitacional, inadmissível a capitalização de juros em qualquer periodicidade. SEGURO HABITACIONAL. Estando a taxa do seguro integrada ao encargo mensal e restando expressamente acordado no contrato sua regência segundo o PAM, devem ser respeitadas as determinações da SUSEP no reajuste do referido prêmio, mas limitadas ao índice de atualização dos depósitos de poupança. REPETIÇÃO SIMPLES DAS PARCELAS PAGAS A MAIOR. DEVOLUÇÃO. POSSIBILIDADE. O art. 23 da Lei 8.004/90 prevê expressamente a possibilidade de restituição dos valores eventualmente pagos a maior pelo mutuário, em espécie ou mediante compensação. Precedentes jurisprudenciais. EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. Resta descaracterizada a mora em virtude da exigência por parte do agente financeiro de encargos abusivos, o que faz com que exista discussão em torno da legalidade desses encargos, e do próprio pacto, o que impõe a suspensão da execução extrajudicial até que o valor do contrato seja readequado aos limites da revisão verificada. ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA REDIMENSIONADOS. CONHECERAM PARTE DO RECURSO DA RÉ E NEGARAM PROVIMENTO. DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO APELO DA AUTORA.⁴¹⁸

Pelo entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o adquirente de imóvel financiado pelo Sistema Financeiro da Habitação, ao mover uma ação contra o agente financiador, estaria dispensado das exigências previstas no art. 50 da lei 10.931/2004.

Por sua vez, a decisão proferida pelo TJRS foi objeto de Recurso Especial, e a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça reconheceu os argumentos trazidos pela instituição financeira para considerar a aplicabilidade dos dispositivos da Lei 10.931/2004, especialmente as regras do art. 50, devendo ser aplicadas a todos os contratos de financiamento imobiliário, inclusive nos contratos firmados pelo Sistema Financeiro Habitacional, como se observa no seguinte acórdão:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CONTRATOS DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO. SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. LEI N. 10.931/2004. INOVAÇÃO. REQUISITOS PARA PETIÇÃO INICIAL. APLICAÇÃO A TODOS OS CONTRATOS DE FINANCIAMENTO. 1. A análise econômica da função social do contrato, realizada a partir da doutrina da análise econômica do direito, permite reconhecer o papel institucional e social que o direito contratual pode oferecer ao mercado, qual seja a segurança e previsibilidade nas operações econômicas e sociais capazes de proteger as expectativas dos agentes econômicos, por meio de instituições mais sólidas, que reforcem, ao contrário de minar, a estrutura do mercado. 2. Todo contrato de financiamento imobiliário, ainda que pactuado nos moldes do Sistema Financeiro da Habitação, é negócio jurídico de cunho eminentemente patrimonial e, por isso, solo fértil para a aplicação da análise econômica do direito. 3. A Lei n. 10.931/2004, especialmente seu art. 50, inspirou-se na efetividade, celeridade e boa-fé perseguidos pelo processo civil moderno, cujo entendimento é de que todo litígio a ser composto, dentre eles os de cunho econômico, deve apresentar pedido objetivo e apontar precisa e claramente a espécie e o alcance do abuso contratual que fundamenta a ação de revisão do contrato. 4. As

⁴¹⁸ TJRS. Ap. Cível nº 70017187824. 9ª Câmara Cível. Rel. Des. Odone Sanguiné. Dj. 11/04/2007. (RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, 2017. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/>>. Acesso em: 2017).

regras expressas no art. 50 e seus parágrafos têm a clara intenção de garantir o cumprimento dos contratos de financiamento de imóveis tal como pactuados, gerando segurança para os contratantes. O objetivo maior da norma é garantir que, quando a execução do contrato se tornar controvertida e necessária for a intervenção judicial, a discussão seja eficiente, porque somente o ponto conflitante será discutido e a discussão da controvérsia não impedirá a execução de tudo aquilo com o qual concordam as partes. 5. Aplicam-se aos contratos de financiamento imobiliário do Sistema de Financiamento Habitacional as disposições da Lei n. 10.931/2004, mormente as referentes aos requisitos da petição inicial da ação de revisão de cláusulas contratuais, constantes do art. 50 da Lei n. 10.931/2004. 6. Recurso especial provido.⁴¹⁹

No voto lavrado pelo ministro relator, Luis Felipe Salomão, observa-se que foram utilizados dois fundamentos:

O primeiro fundamento se refere à utilização expressa da doutrina do *Law & Economics* para obter o reconhecimento do papel institucional, econômico e social que o direito contratual oferece ao mercado, representado pela segurança, certeza e previsibilidade nas operações econômicas e sociais, além de proteger as legítimas expectativas dos agentes econômicos, por meio de instituições sólidas, que têm o condão de reforçar a estrutura do mercado de crédito.

Em seu voto, o ministro assim se expressou:

Tal doutrina tem como pressuposto o aumento do grau de previsibilidade e eficiência das relações intersubjetivas, próprias do Direito, a partir da utilização de postulados econômicos para aplicação e interpretação de princípios e paradigmas jurídicos. Com efeito, a análise econômica do direito não pretende, por óbvio, esclarecer seus estudiosos, submeter as normas jurídicas à economia, mesmo porque o Direito não existe para atender exclusivamente aos anseios econômicos. Por outro lado, visa à aproximação das normas jurídicas à realidade econômica, por meio do conhecimento de institutos econômicos e do funcionamento dos mercados. A interação das duas ciências é o mote da Escola, não a exclusão de uma pela outra. A regulamentação jurídica, acreditam os defensores da escola econômica, pode influenciar empreendimentos econômicos e promover o desenvolvimento e a mudança social.⁴²⁰

Por conseguinte, o relator aduz no segundo fundamento a importância da releitura do conceito de função social do contrato à luz da doutrina do *Law & Economics*, como alternativa para a satisfação dos interesses contratuais sem contudo causar prejuízos à coletividade:

[...] a análise econômica do direito permite medir, sob certo aspecto, as externalidades do contrato (impactos econômicos) positivas e negativas, orientando o intérprete para o caminho que gere menos prejuízo à coletividade, ou mais eficiência social. A coletividade deixa de ser encarada apenas como a parte fraca do

⁴¹⁹ STJ. REsp 1163283/RS, 4ª Turma. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão. Dj. 04/05/2015.

⁴²⁰ STJ. REsp 1163283/RS, 4ª Turma. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão. Dj. 04/05/2015. (voto do relator). p. 8.

contrato e passa a ser vista como a totalidade das pessoas que efetivamente ou potencialmente integram um determinado mercado de bens e serviços, como no caso do crédito. Dessa forma, a análise econômica do direito aposta no efetivo cumprimento dos contratos de financiamento de imóveis, por exemplo, como pressuposto para o sucesso do sistema como um todo. A satisfação de cada um dos pactos celebrados entre financiadores e financiados, individualmente considerados, é requisito para que o sistema evolua e garanta o beneficiamento de outros tantos sujeitos, de toda coletividade interessada.⁴²¹

E, por fim, conjugando os fundamentos teóricos da doutrina do *Law & Economics* e o instituto da função social do contrato aplicados no caso concreto, em seu voto asseverou:

[...] cumpre observar que a Lei n. 10.931/2004, com fundamento no incentivo à economia, se mostrou apta a alcançar esse desiderato. Os institutos nela previstos, e aqui nos interessam as regras processuais dispostas na lei, especificamente as que se encontram no art. 50, apresentam, certamente, potencial para colaboração do desenvolvimento econômico e social almejados.⁴²²

Assim, ao considerar a relevância social do tema e a importância do mercado de crédito, o Superior Tribunal de Justiça, com respaldo na doutrina do *Law & Economics*, concluiu pela aplicabilidade da função social do contrato, para garantir a estabilidade e segurança necessárias nos contratos de financiamento imobiliário firmados pelo Sistema Financeiro de Habitação, ao reconhecer que o art. 50 da Lei 10.931/2004 possibilita uma verdadeira justiça contratual, traduzida em uma situação de ganho duplo entre o mutuário e o agente financeiro.⁴²³

⁴²¹ STJ. REsp 1163283/RS, 4ª Turma. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão. Dj. 04/05/2015. (voto do relator). p. 9.

⁴²² STJ. REsp 1163283/RS, 4ª Turma. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão. Dj. 04/05/2015. (voto do relator). p. 10.

⁴²³ Nesse sentido, o informativo 561 do STJ sintetiza todas as ideias levadas em consideração: DIREITO PROCESSUAL CIVIL. INCIDÊNCIA DA LEI 10.931/2004 NAS AÇÕES JUDICIAIS QUE ENVOLVAM O SFH. Aplicam-se aos contratos de financiamento imobiliário do Sistema de Financiamento de Habitação (SFH) as disposições da Lei 10.931/2004, mormente as referentes aos requisitos da petição inicial de ação de revisão de cláusulas contratuais (art. 50). A análise econômica da função social do contrato, realizada a partir da doutrina da análise econômica do direito, permite reconhecer o papel institucional e social que o direito contratual pode oferecer ao mercado, qual seja, a segurança e previsibilidade nas operações econômicas e sociais capazes de proteger as expectativas dos agentes econômicos, por meio de instituições mais sólidas, que reforcem, ao contrário de minar, a estrutura do mercado. Nesse contexto, observa-se que a Lei 10.931/2004, especialmente seu art. 50, inspirou-se na efetividade, celeridade e boa-fé perseguidos pelo processo civil moderno, cujo entendimento é de que todo litígio a ser composto, dentre eles os de cunho econômico, deve apresentar pedido objetivo e apontar precisa e claramente a espécie e o alcance do abuso contratual que fundamenta a ação de revisão do contrato. As regras expressas no art. 50 e seus parágrafos têm a clara intenção de garantir o cumprimento dos contratos de financiamento de imóveis tal como pactuados, gerando segurança para os contratantes. O objetivo maior da norma é garantir que, quando a execução do contrato se tornar controversa e necessária for a intervenção judicial, a discussão seja eficiente, porque somente o ponto conflitante será discutido e a discussão da controvérsia não impedirá a execução de tudo aquilo com o qual concordam as partes. Posto isso, diante do raciocínio desenvolvido acima, tem-se por viável a incidência, nos contratos de financiamento do Sistema Financeiro de Habitação, das regras encartadas na Lei 10.931/2004, mormente as referentes à ação revisional e aos requisitos de procedibilidade, conclusão alcançada, como visto, a partir de uma interpretação teleológica da norma objeto de controvérsia. Ademais, na própria Lei 10.931/2004, há prova de que suas disposições devem incidir sobre todos os contratos de financiamento de imóveis do Sistema Financeiro da Habitação. Com efeito, o art. 63 prevê: "nas operações envolvendo recursos

De acordo com a doutrina do *Law & Economics*, a proteção do interesse social nem sempre deve ser vislumbrada como uma interferência do Poder Judiciário em favor da parte mais fraca ou desigual, como no caso da relação jurídica entre as instituições financeiras e os mutuários.

Em se tratando do Sistema Financeiro de Habitação, a aplicação do conceito tradicional de função social do contrato como uma ferramenta de justiça social, justiça contratual e justiça distributiva, pode comprometer a própria existência do Sistema Financeiro Habitacional, prejudicando a coletividade.

Nesse diapasão, cabe trazer as considerações de Luciano Benetti Timm:

Nesse sentido, a coletividade em um contrato de financiamento habitacional é representada pela cadeia ou rede de mutuários (e potenciais mutuários), os quais dependem do cumprimento do contrato daquele indivíduo para alimentar o sistema financeiro habitacional, viabilizando novos empréstimos a quem precisa. Assim, se houver quebra na cadeia, com inadimplementos contratuais, o grupo (a coletividade) perderá (ficando sem recursos e terminando por pagar um juro maior)⁴²⁴.

O posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça indica a tendência de que a resposta a ser dada pelo Poder Judiciário à lide deve ponderar cautelosamente uma série de questões postas em jogo, de maneira a não prejudicar excessivamente as partes e principalmente a coletividade.

É o que aduz o Ministro Luis Felipe Salomão⁴²⁵, ao afirmar que a satisfação de cada pacto celebrado entre os financiadores e financiados, individualmente considerados, é essencial para a evolução do sistema, de maneira a garantir que tal benefício se estenda para outros tantos sujeitos dessa coletividade interessada.

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça no caso analisado representa um avanço no cenário da jurisprudência nacional, bem como uma hipótese genuína de aplicação da função social do contrato.

do Sistema Financeiro da Habitação e do Sistema Financeiro Imobiliário, relacionadas com a moradia, é vedado cobrar do mutuário a elaboração de instrumento contratual particular, ainda que com força de escritura pública". Cabe ressaltar, ainda, que no CPC foi introduzido, por meio da Lei 12.810/2013, artigo com redação idêntica ao art. 50 da Lei 10.931/2004. Essa inovação legislativa corrobora os objetivos buscados pelo processo civil moderno, preocupado em ser, acima de tudo, eficaz. A discriminação do valor incontroverso na petição inicial proporciona melhor compreensão da dimensão do litígio, da lesão ao direito envolvido, além de permitir a demonstração da verossimilhança do direito invocado. Ainda, auxilia na atenuação de naturais mazelas da demora na prestação jurisdicional, contribuindo para a segurança jurídica. REsp 1.163.283-RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 7/4/2015, DJe 4/5/2015.

⁴²⁴ TIMM, Luciano Benetti. **Direito contratual brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 197-198.

⁴²⁵ STJ. REsp 1163283/RS, 4ª Turma. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão. Dj. 04/05/2015. (voto do relator). p. 9.

CONCLUSÃO

À guisa de conclusão do que foi exposto nesta pesquisa, podem-se afirmar os seguintes entendimentos.

O direito contratual sofreu uma contundente mudança estrutural, através do surgimento de uma nova sociedade, preocupada com questões existenciais, com a redução do desequilíbrio entre as partes e com a dignidade da pessoa humana. A legislação atual é fruto desses ideais, particularmente notáveis no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor e que vêm se espalhando por todas as leis hodiernas.

Essas alterações são perceptíveis pela adoção de princípios que suavizam o excessivo rigor contratual, pautados pela socialização do contrato e pelo dirigismo contratual, que abrandam o *pacta sunt servanda*, ao seguir a tendência constitucional de valorização da dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana é um dos principais fundamentos da República Federativa do Brasil, prevista no art. 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988. Além disso, a Magna Carta prevê como fundamentos da República no art. 3º a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais (incisos I e III). Com isso, a legislação civil vigente até 2002 mostrava-se desatualizada e incompatível com a sistemática solidarista da atualidade.

Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, houve uma substancial mudança no sistema contratual, com a quebra da regra tradicional e quase absoluta do *pacta sunt servanda*, com a instalação dos princípios de socialização do código civil, particularmente o da função social do contrato.

Assim sendo, o Direito Civil contemporâneo constrói-se a partir desses princípios constitucionais e os de direito privado apontados por Miguel Reale, tais como a socialidade, eticidade e operabilidade.

Em se tratando de matéria contratual, os princípios clássicos como autonomia da vontade, obrigatoriedade, relatividade e boa-fé receberam uma releitura, ao passo que outros foram acrescentados, destacando-se no presente estudo a função social do contrato.

A função social dos contratos é um princípio relativamente novo no ordenamento civil brasileiro, aparecendo definitivamente no Código Civil de 2002, e como tal, merece um estudo especializado para que seu entendimento não fique nebuloso, dando margem para que sejam formuladas concepções incoerentes, fora de contexto ou sem qualquer consequência prática.

O princípio da função social dos contratos proporcionou uma revisitação aos demais princípios contratuais, razão pela qual um dos pontos de partida para a compreensão desse princípio está no estudo dos princípios contratuais e suas transformações.

Partindo do conceito de autonomia privada, a doutrina civilista concebeu os princípios da obrigatoriedade, da relatividade dos efeitos e do consensualismo. A teoria clássica dos contratos teve como arcabouço esses quatro princípios, que, mesmo segundo a doutrina clássica, nunca foram absolutos.

O princípio da autonomia privada, que abrange a liberdade de contratar e o conteúdo contratual, sempre encontrou barreiras nas ideias de ordem pública e dos bons costumes, desde sua concepção, bem como nas normas que versam sobre a capacidade das partes, vícios da vontade, licitude e possibilidade do objeto e formalidades exigíveis por força de lei.

Há tempos se previa o abrandamento da autonomia da vontade, vez que na sociedade hodierna, ela poucas vezes aparece em sua plenitude. Seu desaparecimento, contudo, é impossível, mas sua mitigação revela-se viável pelo princípio da função social dos contratos.

A concepção clássica do princípio da obrigatoriedade dos contratos não encontra mais lugar no contexto atual da sociedade e do estudo da ciência jurídica em seara contratual. O *pacta sunt servanda*, lastreado na concepção tradicional de inflexibilidade advinda do liberalismo, cede espaço aos princípios sociais, voltados à conservação do contrato e ao adimplemento substancial.

Quanto ao princípio da relatividade dos efeitos, o entendimento no sentido de sua limitação continua o mesmo. É notável, entretanto, a existência da eficácia interna e externa da função social.

A eficácia interna da função social pode ser observada nos arts. 50, 108, 157, 170, 187, 317, 406, 413, 422, 423, 424, 478, 479 e 2.035, parágrafo único do Código Civil. Observa-se em tais dispositivos a preocupação do legislador em proteger a parte economicamente mais fraca, bem como afastar comportamentos oportunistas e minimizar as falhas ou imperfeições do mercado.

Por sua vez, a eficácia externa da função social do contrato restringe o tradicional princípio da relatividade dos efeitos do contrato, ao prever, no art. 608, a responsabilidade civil do terceiro que concorre para o inadimplemento do contrato firmado, conhecida como “tutela externa do crédito” ou “a doutrina do terceiro cúmplice”, consagrando a oponibilidade *erga omnes* ao contrato.

Ademais, argumentou-se favoravelmente à utilização da análise econômica do Direito em seara contratual, com o escopo de construir um entendimento mais sólido sobre as externalidades do contrato, gerando menos prejuízo à coletividade e maior eficiência social.

Foi demonstrado nesta pesquisa que a doutrina do *Law and Economics* pode ser empregada para explicar o princípio da função social do contrato em um ambiente de mercado. Essa perspectiva possibilita visualizar a coletividade não na parte mais fraca do contrato, mas na totalidade das pessoas que efetivamente, ou potencialmente, integram um determinado mercado de bens e serviços.

No que diz respeito à análise da jurisprudência, a investigação realizada neste trabalho buscou exatamente a verificação do comportamento judicial sobre uma regra específica, a qual trata de um princípio positivado. O objetivo principal era verificar se as decisões judiciais acerca da função social do contrato guardam relação com a doutrina especializada do tema.

Concomitantemente à pesquisa de jurisprudência, foi realizada uma revisão bibliográfica a respeito dos temas abordados, para averiguar se já haveria um posicionamento majoritário sobre a significação e forma de aplicação do princípio da função social do contrato.

O Superior Tribunal de Justiça por vezes utiliza o instituto de forma ampla, ora relacionando-o à manutenção do equilíbrio econômico do contrato ou à preservação da boa-fé objetiva, ou mesmo associando a função social ao simples cumprimento das cláusulas avençadas. Essa indefinição na aplicação da função social do contrato pelo Superior Tribunal de Justiça frequentemente se confunde com a aplicação de princípios tais como boa-fé objetiva, relatividade contratual e preservação do equilíbrio econômico.

Dessa forma, foram encontradas em muitas decisões somente a menção ao artigo 421, seguidas de expressões genéricas, tais como “aplica-se a espécie às normas dos artigos 421 e 422 do Código Civil”, ou ainda, “configurando ofensa aos artigos 421 e 422 do Código Civil”, sem que houvesse uma explicação que justificasse a aplicação da norma ou mesmo sobre a sua ofensa.

Portanto, nestas decisões não foi constada relevante adesão à doutrina sobre o tema, fosse ela majoritária ou minoritária, da mesma forma que não houve construção de raciocínio por parte do ministro relator para explicar o porquê de sua utilização como fundamento da decisão.

Cumprе salientar que a aplicação da função social do contrato nos referidos casos não trouxe nenhum prejuízo às partes, visto que a legislação motivadora e embasadora da

decisão era diversa, o que não impediria o manejo de um eventual recurso à instância superior.

A constatação nesses casos foi o alto grau de subjetividade na aplicação do artigo 421, utilizado apenas como reforço dos argumentos para respaldar decisões em muitos casos nos quais o litígio envolvia situações delicadas, tais como a necessidade de tratamentos médicos, que em sua grande maioria chegam ao Poder Judiciário em caráter de urgência.

Por conseguinte, as decisões nas quais houve uma resposta positiva à pesquisa representam a minoria dos casos encontrados. Como já referido, elas provêm do Superior Tribunal de Justiça e primam pela argumentação bem fundamentada e precisa da norma que está sendo aplicada, como se verifica no único caso que apresentou entendimento diverso da jurisprudência, no qual houve o cuidado do julgador em fundamentar o seu voto utilizando uma corrente doutrinária que tenta explicar o princípio, bem como adequá-lo ao caso concreto.

Com efeito, fica demonstrada a importância da interpretação das normas com conteúdo principiológico, especialmente no que diz respeito sobre as considerações doutrinárias que são utilizadas como guia nas decisões, reunindo assim a precisão dos conceitos e a segurança jurídica.

Observa-se por fim, com base nas obras e trabalhos analisados no transcorrer desse desenvolvimento, que o maior desafio da doutrina ainda está em encontrar o ponto de equilíbrio entre a função social e a segurança jurídica, visto que a doutrina moderna reconhece no contrato a possibilidade de realização da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (resolução)**. Rio de Janeiro: Aide, 1991.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993.

ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Análise econômica do direito: contribuições e desmitificações. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 29, p. 49-68, jul./dez. 2006. Disponível em: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/Bugallo_n29.pdf>. Acesso: 29 jun. 2017.

ALVES, Jones Figueiredo. A Teoria do adimplemento substancial (“substancial performance”) do negócio jurídico como elemento impeditivo ao direito de resolução do contrato. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coord.). **Novo código civil: questões controvertidas**. São Paulo: Método, 2005. v. 4.

_____. Arts. 757 a 839. In: FIUZA, Ricardo. (Coord.). **Novo código civil comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002.

ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

ALVIM, José Manuel Arruda. A sintonia da redação do artigo 112 do código civil com os princípios contemporâneos do negócio jurídico bilateral e do contrato. **Revista do Advogado**. São Paulo, ano 24, n. 77, p. 13-18, jul. 2004.

ALVIM, Pedro. **O seguro e o novo código civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

AMORIM, Marcelo de Oliveira. **Guia prático do seguro DPVAT**. Campo Grande: Contemplar, 2011.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. Arts. 104-105. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. (Coord.). **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013.

_____. Os planos de saúde privados e o Código do Consumidor: principais questões geradoras de conflito e análise econômica: reajuste. **Cadernos Jurídicos da Escola Paulista de Magistratura**, São Paulo, ano 14, n. 36, p. 87-97, jan./abr. 2013.

ARONNE, Ricardo. **Por uma nova hermenêutica dos direitos reais limitados**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ASCENSÃO, José de Oliveira. As pautas de valoração do conteúdo dos contratos no código de defesa do consumidor e no código civil. In: LOTUFO, Renan; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coord.). **20 anos do código de defesa do consumidor: conquistas, desafios e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e boa-fé. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 4, p. 9-25, 2000.

_____. Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e o novo código civil. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 39, p. 5-22, dez. 2003.

_____. **O direito**: introdução e teoria geral. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978.

_____. Um direito de cláusulas gerais? Sentido e limites. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, Fortaleza, v. 33, n. 2, p. 299-309, jul/dez. 2013.

ASSIS, Araken de; ANDRADE, Ronaldo Alves de; ALVES, Francisco Glauber Pessoa. Arts. 421-578. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (Org.). **Comentários ao código civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 5.

AUAD, Denise. Os direitos sociais na constituição de Weimar como paradigma do modelo de proteção social da atual Constituição Federal brasileira. **Revista da Faculdade de Direito**, São Paulo, v. 103, p. 337-355, 2008.

AUBERT, Jean-Luc. A propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers. **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, Paris, n. 2, p. 263-278, abr./jun. 1993.

AVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. O novo código civil brasileiro: tramitação; função social do contrato; boa-fé objetiva; teoria da imprevisão e, em especial, onerosidade excessiva. **Revista LTr: Legislação do Trabalho**, São Paulo, v. 67, n. 4, p. 393-402, maio 2003.

_____. **Teoria geral dos contratos típicos e atípicos**: curso de direito civil. São Paulo: Atlas, 2002.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2004.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 91, n. 797, p. 11-26, mar. 2002.

_____. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 87, v. 750, p. 113-120, abr. 1998.

BACACHE-GIBEILI, Mireille. **La relativité des conventions et les groupes de contrats**. Paris: LGDJ, 1996.

BANDEIRA, Paula Greco. Fundamentos da responsabilidade civil do terceiro cúmplice. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 30, p. 79-127, abr./jun. 2007.

BARBOSA, Fernando de Holanda. **O sistema financeiro brasileiro**. Rio de Janeiro, [20--]. Disponível em: <<http://www.fgv.br/professor/fholanda/Arquivo/Sistfin.pdf>>. Acesso: 25 maio 2017.

BECKER, Anelise. **A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparativista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1993.

BERALDO, Leonardo de faria. **Função social do contrato**: contributo para a construção de uma nova teoria. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

BETTI, Emilio. **Teoria generale della interpretazione**. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1955.

_____. **Teoria geral do negócio jurídico**. Campinas: LZN, 2003. t. 1.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil, comentado por Clóvis Beviláqua**. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1940. v. 1.

_____. **Direito das obrigações**. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977.

BIANCO, João Carlos. Os princípios fundantes no direito das obrigações. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**, Franca, v. 8, n. 1, p. 89-104, mar. 2015.

BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. **Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo código civil**. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Direito civil constitucional**. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

BITTENCOURT, Marcello Teixeira. **Manual de seguros privados**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília, DF: Ed. UnB, 1999.

BONATTO, Cláudio. **Código de defesa do consumidor**: cláusulas abusivas nas relações contratuais de consumo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BORGES, Nelson. Contratos de seguro e sua função social. a revisão securitária no novo código civil. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Doutrinas essenciais: obrigações e contratos**: contratos em espécie: serviços e circulação. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. v. 6.

BRAGA, Francisco de Assis. **Contrato de seguro**: a técnica, do risco ao sinistro. São Paulo: IBDS EMTS, 2003.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Função social dos contratos**: interpretação à luz do código civil. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Brasília, DF, 2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>>. Acesso em: 2017.

_____. **Novo código civil**: exposição de motivos e texto sancionado. 2. ed. Brasília, DF: Senado Federal, 2005.

BRAVO, Castro y. **La estructura del negocio jurídico**. Madrid: Civitas, 2002.

BURANELLO, Renato Macedo. **Do contrato de seguro**: o seguro garantia de obrigações contratuais. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

BUSSATA, Eduardo Luiz. Princípio da conservação dos contratos. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. (Coord.). **Direito contratual**: temas atuais. São Paulo: Método, 2007.

CABRAL, Érico de Pina. A “autonomia” no direito privado. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Doutrinas essenciais**: obrigações e contratos: contratos: princípios e limites. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. v. 3.

CAENEGEM, Raoul Charles van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. 2. ed. Trad. Carlos Eduardo Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

CAMBI, Eduardo; NALIN, Paulo. O controle da boa-fé contratual por meio dos recursos de estrito direito. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. v. 7.

CAMPELLO, Manoel Netto Carneiro. **Direito romano**: prelecções expendidas em sala de aula. Tachygraphadas pelo estudante do 1º anno Theodoro Tavares Cordeiro Campos. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves & Cia, 1914. v. 2.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Trad. de Antonio da Rocha Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CAPITANT, Henri. **Vocabulário jurídico**. Trad. Aquiles Horacio Guaglianone. Buenos Aires: Depalma, 1979.

CARDOSO, Patrícia. 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**, Rio de Janeiro, v. 20, p. 125-150, out./dez. 2004.

CARNIO, Henrique Garbellini; GONZAGA, Alvaro Luiz Travassos de Azevedo. **Curso de sociologia jurídica**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

CARRIÓ, Genaro Rubén. **Notas sobre derecho y lenguaje**. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1990.

CASES, José Maria Trepas. Arts. 693-817. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça. (Coord.). **Código civil comentado**. São Paulo: Atlas, 2003. v. 8.

COMPAGNUCCI DE CASO. Rubén Hector. **Manual de obligaciones**. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1997.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Seguro de crédito**: estudo jurídico. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1968.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2001.

_____. _____. Coimbra: Almedina, 1984. v. 2.

COSSÍO DÍAZ, José Ramón. **Derecho y análisis económico**. México (Ciudad): Fondo de Cultura Económica, 1997.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

COSTA, Wagner Veneziani; JUNQUEIRA, Gabriel José Pereira. **Contratos**: manual prático e teórico. 40. ed. São Paulo: Madras, 2004.

COSTA FILHO, Venceslau Tavares. A morte e a morte da concepção sistemática do direito privado: abertura hermenêutica, tópica e cláusulas gerais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 48, n. 189, p. 147-156, jan./mar. 2011.

DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. Evolução contemporânea do direito contratual. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Doutrinas essenciais**: obrigações e contratos: contratos: princípios e limites. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. v. 3

_____. **Programa de direito civil II**: os contratos. Rio de Janeiro: Rio, 1978.

DEL MASSO, Fabiano. **Direito econômico**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

DELGADO, José Augusto. **Comentários ao novo código civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 15. t. 1.

_____. O contrato de seguro e o princípio da boa-fé. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord.). **Questões controvertidas no novo código civil**. São Paulo: Método, 2004.

DELGADO, José Augusto; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. Arts. 104-232. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (Coords.). **Comentários ao código civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 2.

DEMO, Pedro. **Introdução à metodologia da ciência**. São Paulo: Atlas, 1981.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discrecionalidade administrativa na constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 2001.

DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. **Sistema de derecho civil: el contrato en general: la relación obligatoria**. 10. ed. Madrid: Tecnos, 2012. v. 2.

DINIZ, Célia Regina; BARBOSA DA SILVA, Iolanda. **Metodologia científica**. 21. ed. Natal: Eduap, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. Arts. 2.028-2.046. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Comentários ao código civil: parte especial: disposições finais e transitórias**. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 22.

_____. **Tratado teórico e prático dos contratos e curso de direito civil brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 3.

DOWER, Nelson Godoy Bassil. **Instituições de direito público e privado**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1983.

DUARTE, Davi. Crédito educativo. **Revista CEJ**, Brasília, DF, n. 26, p. 5-9, jul./set. 2004.

DUGUIT, Leon. **Las transformaciones generales del derecho privado desde el código de napoleón**. 2. ed. Trad. Carlos G. Posada. Madrid: Francisco Beltran Librería Española y extranjera, 1920.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

ECO, Humberto. **Como se faz uma tese**. 25. ed. São Paulo: Perspectiva, 2014.

EFING, Antônio Carlos. **Contratos e procedimentos bancários à luz do código de defesa do consumidor**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

ELESBÃO, Elsit Collor. **Princípios informativos das obrigações contratuais civis**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 10. ed. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

ENNECCERUS, Ludwig. **Tratado de derecho civil (parte general)**. Trad. Blas Pérez González e José Alguer. Barcelona: Bosch, 1943. v. 1. t. 1. § 48.

ESPINDOLA, Amanda Vilarino. **Breves considerações acerca da função social dos contratos sob o enfoque da análise econômica do direito**. [Nova Lima, 20--]. Disponível em: <www.jasonalbergaria.com.br/Documentos/funcao_social_dos_contratos.pdf>. Acesso em: 1 jul. 2017.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

_____. **Novo conceito de ato e negócio jurídico**. Curitiba: Educa : Scientia et Labor, 1988.

FERNANDES, Marcus Frederico Botelho. Seguro de automóvel: cláusula de perfil. In: CARNEIRO, Athos Gusmão et al. **Seguros: uma questão atual**. São Paulo: Max Limonad, 2001. v. 3.

FERREIRA, Carlos Alberto Goulart. Equilíbrio contratual. In: LOTUFO, Renan (Coord.). **Direito civil constitucional: cadernos I**. São Paulo: Max Lemonad, 1999.

FERREIRA, Jussara Borges; MORAES, Kelly Cardoso Mendes de. **Contratos bancários e de saúde: aplicabilidade do incidente de demandas repetitivas**. Belo Horizonte: Arraes, 2014.

FERREIRA, Roberto. Arts. 170 a 181. In: MACHADO, Antônio Claudio da Costa; FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Constituição Federal interpretada: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**. 3. ed. Barueri: Manole, 2012.

FIUZA, César. **Direito civil: curso completo**. 18. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

FONSECA, Ana Taveira da. **Da recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito**. Coimbra: Almedina, 2015.

FONSECA, Rodrigo Garcia da. **A função social do contrato e o alcance do art. 421 do código civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

FONTAINE, Marcel; GHESTIN, Jacques. **Les effets du contrat à l'égard des tiers**. Paris: LGDJ, 1992.

FRANCO, Vera Helena de Mello. Breves reflexões sobre o contrato de seguro no novo código civil brasileiro. In: FÓRUM DE DIREITO DO SEGURO "JOSÉ SOLLERO FILHO", 2., 2002, São Paulo. **II Fórum de Direito do Seguro**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito do Seguro, 2002. (Estudos de direito do seguro. v. 4).

GAGLIANO, Pablo Stolze. Arts. 2.028 a 2.046. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza. (Coord.). **Comentários ao código civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 17.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; ANDRIOTTI, Caroline Dias. Breves notas históricas da função social no direito civil. In: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. (Coord.) **Função social no direito civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GARCIA, Emerson. Dignidade da pessoa humana: referenciais metodológicos e regime jurídico. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 719, 24 jun. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6919>>. Acesso em: 18 maio 2017.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do consumidor**: código comentado e jurisprudência. 9. ed. Salvador: Jus Podivm, 2013.

GHESTIN, Jacques. **L'utile et le juste dans les contrats**. Paris: Sirey, 1981.

_____. **Traité de droit civil**: les obligations – les effets du contrat. Paris: LGDJ, 1992.

GICO JÚNIOR, Ivo. Introdução ao direito e economia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012.

GILISSEN, John. **Introduction historique au droit**. Trad. Antonio Manuel Hespanha e Manuel Luís Macaísta Malheiros. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOES, Gisele Santos Fernandes. Termos jurídicos indeterminados: interpretação ou discricionariedade judicial? ênfase nos princípios jurídicos. In: LOTUFO, Renan (Org.). **Sistema e tópica na interpretação do ordenamento**. Barueri: Manole, 2006.

GOGLIANO, Daisy. A função social do contrato: causa ou motivo. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 99, p. 153-198, 2004.

GOLDENBERG, Mirian. **A arte de pesquisar**: como fazer pesquisa qualitativa em ciências sociais. 8. ed. Rio de Janeiro: Record, 2004.

GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. **Introdução ao direito civil**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. **Transformações gerais do direito das obrigações**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980.

GOMES, Thaissa Garcia. Princípios constitucionais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 94, n. 838, p. 725-744, 2005.

GONDINHO, André Osório. Codificação e cláusulas gerais. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 2, p. 3-25, jan./mar. 2000.

GONZALES ARRIETA, Gerardo M. El crédito hipotecario y el acceso a la vivienda para los hogares de menores ingresos en América Latina. **Revista Cepal**, Santiago, n. 85, p. 115-129, abr. 2005.

GRAU, Eros Roberto. **Direito, conceitos e normas jurídicas**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1988.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. Poder discricionário. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 93, p. 41-46, jan./mar. 1990.

_____. Um novo paradigma dos contratos? **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 5, p. 73-82, jan./mar. 2001.

GUEDES, Jefferson Carús. Função social das “propriedades”: da funcionalidade primitiva ao conceito atual de função social. In: ALVIM, Arruda; CÉSAR, Joaquim Pontes de Cerqueira; ROSAS, Roberto. (Coord.). **Aspectos controvertidos do novo código civil**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

GUELFUCCI-THIBIERGE, Catherine. De l’élargissement de la notion de partie au contrat à l’élargissement de la portée du principe de l’effet relatif. **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, Paris: Sirey. n. 2, p. 275-285, abr./jun. 1994.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **A filosofia do direito**: aplicada ao direito processual e à teoria da constituição. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

HADDAD, Luís Fernando. **Função social do contrato**: um ensaio sobre seus usos e sentidos. São Paulo: Saraiva, 2013.

HARTEN, Carlos. **El deber de declaración del riesgo en el contrato de seguro**. Salamanca: Ratio Legis, 2007.

HASSEMER, Winfried. Sistema jurídico e codificação: a vinculação do juiz à lei. In: KAUFFAMN, Arthur; HASSEMER, Winfried. (Org.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Trad. António Manuel Hespanha. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

HASSON, R. A. The doctrine of uberrima fides in insurance law – a critical evaluation. **The Modern Law Review**, London, v. 32, n. 6, p. 615-637, nov. 1969.

HECK, Luís Afonso. As fontes do direito. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui. (Org.). **Doutrinas essenciais**: direito civil: parte geral. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. v. 1.

HEDEMANN, Justus Wilhelm. **Tratado de derecho civil**: derecho de obligaciones. Trad. José Luiz Diez Pastor e Manuel Gonzalez Enriquez. Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 1958. v. 3.

HINESTROSA, Fernando. Función, límites y cargas de la autonomía privada. **Revista de Derecho Privado**, Bogotá, n. 26, p. 5-39, jan./jun. 2014.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A função social do contrato. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Doutrinas essenciais**: obrigações e contratos: contratos: princípios e limites. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. v. 3.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Contratos reais e o princípio do consensualismo. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 84/85, p. 79-91. 1989/1990.

IRTI, Natalino. L'età della decodificazione. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Doutrinas essenciais: obrigações e contratos: obrigações: estrutura e dogmática**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. v. 1.

JHERING, Rudolf von. **A luta pelo direito**. Trad. Dominique Makins. 2. ed. São Paulo: Hunter Books, 2012.

JORGE JÚNIOR, Alberto Gosson. **Cláusulas gerais no novo código civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Paulo Quintana. Lisboa: Ed. 70, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. 4. ed. Trad. Luís Carlos Borges. – São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KIRCHNER, Felipe. **Interpretação contratual: hermenêutica e concreção**. Curitiba: Juruá, 2016.

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

LACROZE, Federico A. Torres; MARTIN, Guillermo Patricio. **Manual de introducción al derecho**. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

LARENZ, Karl. **Derecho justo: fundamentos de ética jurídica**. Trad. Luís Díez-Picazo. – Madrid: Civitas, 1985.

_____. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Monografia jurídica**. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. A teoria das redes contratuais e a função social dos contratos: reflexões a partir de uma recente decisão do superior tribunal de justiça. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Doutrinas essenciais: obrigações e contratos: contratos: princípios e limites**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. v. 3.

LIMA, Alvino. A interferência de terceiros na violação do contrato. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 51, v. 315, p. 14-30, jan. 1962.

LIMA, Taisa Maria Macena de. Princípios fundantes do direito civil atual. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito civil: atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey: 2003.

LISBOA, Roberto Senise. **Contratos difusos e coletivos: consumidor, meio ambiente, trabalho, agrário, locação**, autor. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997.

_____. Princípios gerais dos contratos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 86, n. 745, p. 27-40, nov. 1997.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas**. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. Contrato e mudança social. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Doutrinas essenciais: obrigações e contratos: obrigações: função e eficácia**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. v. 2.

_____. **O contrato: exigência e concepções atuais**. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. Princípios contratuais. In: LÔBO, Paulo Luiz Netto; LYRA JUNIOR, Eduardo Messias Gonçalves de. (Coord.). **A teoria do contrato e o novo código civil**. Recife: Nossa Livraria, 2003.

_____. Princípios sociais dos contratos no código de defesa do consumidor e no novo código civil. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 42, p. 187-195, abr./jun. 2002.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil: fontes das obrigações: contratos**. 4. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1991. v. 3.

LOPEZ, Teresa Ancona. Arts. 565-652. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. (Coord.). **Comentários ao código civil: parte especial: das várias espécies de contratos**. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 7.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. Trad. Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998.

LUCCA, Newton de. Normas de interpretação contratual no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, ano 1, v. 101, p. 181-227, jan./dez. 2006.

LUPION, Ricardo Garcia; FAGANELLO, Tiago. Os contratos de financiamento imobiliário: uma releitura da função social do contrato a partir da doutrina de direito e economia adotada em julgamento do superior tribunal de justiça. In: LUZARDO, Francisco de León; GORDILHO, Heron José de Santana; PILAU SOBRINHO, Liton Lanes (Coord.). **Direito, economia e desenvolvimento sustentável**. Florianópolis: Conpedi, 2016.

LUZZATI, Claudio. **La vaghezza delle norme, un'analisi del linguaggio giuridico**. Milano: Giuffrè, 1990.

MACHADO, João Baptista. **Introdução ao direito e ao discurso legitimador**. Coimbra: Almedina, 1990.

MAIA, Paulo Carneiro. **Da cláusula rebus sic stantibus**. São Paulo: Saraiva, 1959.

MAINE, Henry Sumner. **Ancient law: its connection with the early history of society and its relation to modern ideas**. London: Oxford University Press, 1954.

MARCHI, Eduardo César Silveira Vita. Interpretação dos negócios jurídicos: a “causa curiana” e o art. 85 do código civil. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui. (Org.). **Doutrinas essenciais: direito civil: parte geral**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. v. 4.

_____. **Guia de metodologia jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o código de defesa do consumidor e o código civil de 2002. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de; TORRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo (Coord.). **Princípios do novo código civil brasileiro e outros temas: homenagem a Tullio Ascarelli**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MARTINS-COSTA, Judith, Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. **Revista Direito GV**, São Paulo, n. 1, v. 1, p. 41-66, maio 2005.

_____. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópicos no processo obrigacional**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

_____. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 81, v. 680, p. 47-58, jun. 1992.

_____. Crise e modificação da idéia de contrato no direito brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 3, p. 127-154, set. 1992.

_____. **Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. O direito privado como um “sistema em construção” – as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 87, v. 753, p. 24-48, jul. 1998.

_____.; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

MATTIETTO, Leonardo. Princípios do direito obrigacional: função social e relatividade do contrato. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Rio de Janeiro, ano 6, n. 7, p. 195-210, dez. 2005.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MELLO, Heloísa Carpena Vieira de. Seguro-saúde e abuso de direito. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. (Org.). **Doutrinas essenciais em direito do consumidor: contratos de consumo**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. v. 4.

MELO, Diogo L. Machado de. **Cláusulas contratuais gerais (contratos de adesão, cláusulas abusivas e o código civil de 2002)**. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENDONÇA, Manuel Ignácio Carvalho de. **Doutrina e prática das obrigações**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956. v. 2.

MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, ano 13, n. 50, p. 9-35, abr./jun. 2004.

MILANO, Rodolfo César; MILANO FILHO, Nazir David. Princípios contratuais à luz da Constituição Federal. **Revista da Faculdade de Direito de Guarulhos**, Guarulhos, ano 3, n. 5, p. 104-123, jun./dez. 2001.

MILLER JÚNIOR, Tom Oliver. **Métodos e técnicas de pesquisa nas ciências antropológicas**. Natal: Ed. UFRN, 1991.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. t. 38.

_____. **Tratado de direito privado: parte especial**. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1984. v. 45.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das obrigações: 2ª parte**. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 5.

_____. **Curso de direito civil: parte geral**. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. 28. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

MORAES, Alexandre de **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES, Renato José de. Consensualismo contratual. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Doutrinas essenciais: obrigações e contratos: obrigações: função e eficácia**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. v. 4.

MOSSET ITURRASPE, Jorge. **Teoría general del contrato: doctrina, legislación, jurisprudencia**. Córdoba: Orbir, 1970.

MULHOLLAND, Caitlin. O princípio da relatividade dos efeitos contratuais. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. (Coord.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NALIN, Paulo. A força obrigatória dos contratos no Brasil: uma visão contemporânea e aplicada à luz da jurisprudência do superior tribunal de justiça em vista dos princípios sociais dos contratos. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 1, p.120-144, jul./set. 2014.

_____. Cláusula geral e segurança jurídica no código civil. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, n. 23, p. 59-75, 2005.

_____. **Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2006.

NANNI, Giovanni Ettore. A evolução do direito civil obrigacional: a concepção do direito civil constitucional e a transição da autonomia da vontade para a autonomia privada. In: LOTUFO, Renan (Coord.). **Cadernos de autonomia privada**. Curitiba: Juruá, 2001.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson. Contratos no código civil. apontamentos gerais. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; FRANCIULLI NETTO, Domingos. (Coord.). **O novo código civil: estudos em homenagem ao Prof. Miguel Reale**. São Paulo: LTr, 2003.

_____. Planos de saúde e contrato de prestação de serviços. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. (Org.). **Doutrinas essenciais em direito do consumidor: contratos de consumo**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. v. 4.

_____.; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código civil comentado**. 9. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012.

_____.; _____. **Novo código civil e legislação extravagante anotados**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

NEVES, António Castanheira. **Questão-de-facto-questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicalidade**: ensaio de uma reposição crítica. Coimbra: Almedina, 1967.

NIÑO, Jose Antonio. **La interpretación de las leyes**. México (Ciudad): Porrúa, 1971.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações e introdução à responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.

_____. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais (autonomia privada, boa-fé objetiva, justiça contratual)**. São Paulo: Saraiva, 1994.

PACANARO, Armando Wesley. Aplicabilidade do princípio da função social nos contratos de seguro-saúde e planos de saúde. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 105, p. 155-173, maio/jun. 2016.

PENTEADO, Luciano de Camargo. **Efeitos contratuais perante terceiros**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: fontes das obrigações**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. 3.

PERLINGIERI, Pietro. **Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti**. 3. ed. Napoli: Scientifiche Italiane, 2006.

_____. **Perfis de direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. 3. ed. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Cláusulas relativas à cobertura de doenças, tratamentos de urgência e emergência e carências. In: MARQUES, Cláudia Lima; LOPES, José Reinaldo de Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. (Coord.). **Saúde e responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **O abuso de direito e as relações contratuais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____.; GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. A tutela externa do crédito e a função social do contrato: possibilidades do caso “Zeca Pagodinho”. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. (Org.). **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. v. 2.

PINTO, Sergio Baeza. **El seguro**. 4. ed. Santiago: Jurídica de Chile, 2001.

PIZA, Paulo Luiz de Toledo. **Contrato de resseguro: tipologia, formação e direito internacional**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito do Seguro, 2002.

PLANIOL, Marcel. **Traité élémentaire de droit civil**. 3. ed. Paris: LGDJ, 1906. v. 2.

POLIDO, Walter Antonio. Sistemas jurídicos: codificação específica do contrato de seguro: da necessidade ou não da positivação de microssistema para o direito securitário brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Doutrinas essenciais: obrigações e contratos: contratos em espécie: serviços e circulação**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. v. 6.

POSNER, Richard A. Values and consequences: an introduction to economic analysis of law. **Coase-Sandor Working Paper Series in Law and Economics**, Chicago, n. 53, 2nd series, p. 1-13, 1998. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/law_and_economics/608/>. Acesso em: 7 ago. 2017.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **O projeto do novo código civil**. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Um artigo-chave do código civil**. São Paulo, 2003. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/artchave.htm>>. Acesso: 24 abr. 2017.

RIBAS, Christina Miranda. Em torno da autonomia privada. **Revista Jurídica da Universidade Estadual de Ponta Grossa**, Ponta grossa, ano 1, v. 1, 1997. Disponível em: <<http://www.uepg.br/rj/a1v1at13.htm>>. Acesso em: 9 jun. 2016.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **O problema do contrato**: as cláusulas gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Almedina, 1999.

RIEG, Alfred. Le rôle de la volonté dans la formation de l'acte juridique d'après les doctrines allemandes du xixe siècle. **Archives de Philosophie du Droit**, Paris, p. 125-133, 1957.

RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2002.

_____.; BOULANGER; Jean. **Tratado de derecho civil segun el tratado de planiol**. Trad. Délia García Daireaux. Buenos Aires: La Ley, 1964. v. 1. t. 4.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. A doutrina do terceiro cúmplice: autonomia da vontade, o princípio res inter alios acta, função social do contrato e a interferência alheia na execução dos negócios jurídicos. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Doutrinas essenciais**: obrigações e contratos: obrigações: função e eficácia. São Paulo: Ed.Revista dos Tribunais, 2011. v. 3.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil dos contratos e das declarações unilaterais da vontade**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 3.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009.

RULLI NETO, Antonio. **Função social do contrato**. São Paulo: Saraiva, 2011.

SADY, João José. O novo código civil e o direito do trabalho: a função social do contrato. **Revista LTr**: Legislação do Trabalho, São Paulo, v. 67, n. 7, p. 819-824, jul. 2003.

SAINT-HILAIRE, Philippe Delmas. **Le tiers à l'acte juridique**. Paris: LGDJ, 2000.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Função social do contrato: primeiras anotações. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Doutrinas essenciais**: obrigações e contratos: contratos: princípios e limites. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. v. 3.

SAMPAIO, Aurisvaldo Melo. **O regime jurídico dos contratos de plano de saúde e a proteção do sujeito mais fraco das relações de consumo**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

SANTIAGO, Mariana Ribeiro. **Princípio da função social do contrato**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

SANTOS JÚNIOR, Eduardo. **Da responsabilidade civil de terceiro por lesão ao direito de crédito**. Coimbra: Almedina, 2003.

SANTOS, Amilcar. **Seguro**: doutrina, legislação e jurisprudência. Rio de Janeiro: Récord, 1959.

SANTOS, Eduardo Sens dos. O novo código civil e as cláusulas gerais: exame da função social do contrato. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 364, p. 83-102, nov./dez. 2002.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. A função social do contrato e o direito do trabalho. **Revista LTr**: Legislação do Trabalho, São Paulo, v. 67, n. 11, p. 1460-1468, dez. 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

_____. Art. 6º. In: CANOTILHO, Joaquim José Gomes et al. (Coord.). **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SCHEINMAN, Maurício et al. Arts. 579-721. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza; CLÁPIS, Alexandre Laizo. **Comentários ao código civil brasileiro**: do direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 6.

SCHREIBER, Anderson. Boa-fé objetiva e adimplemento substancial. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. (Coord.). **Direito contratual**: temas atuais. São Paulo: Método, 2007.

SCHULMAN, Gabriel. **Planos de saúde**: saúde e contrato na contemporaneidade. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

SENE, Leone Trida. **Seguro de pessoas**: negativas de pagamento das seguradoras. Curitiba: Juruá, 2006.

SICHES, Luís Recaséns. **Introducción al estudio del derecho**. 2. ed. Buenos Aires: Porrúa, 1972.

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2006.

SILVA, Clóvis do Couto e. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 77, v. 628, p. 7-18, fev. 1988.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989. v. 1.

SILVA, Ivan de Oliveira. **Curso de direito do seguro**. São Paulo: Saraiva, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

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**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, Rodney Malveira da. **Hermenêutica contratual**. São Paulo: Atlas, 2011.

SILVEIRA, Marco Antonio Karam. Contratos cativos de longa duração: tempo e equilíbrio nas relações contratuais. **IOB: Repertório de Jurisprudência**, São Paulo, n. 10, p. 310-319, 2006.

SIMAS, Henrique de Carvalho. **Manual elementar de direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1958.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à moradia e de habitação**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

SOUZA, Sylvio Capanema de. O impacto do novo código civil no mundo dos negócios. **Revista da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 24, p. 186-188, 2003.

SPEZIALI, Paulo Roberto. **Revisão contratual**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto?** decido conforme minha consciência? 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRENGER, Irineu. **Autonomia da vontade em direito internacional privado**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1968.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SZANIAWSKI, Elimar. Aparentamentos sobre o princípio da proporcionalidade-igualdade. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, ano 2, v. 5, p. 51-72, jan./mar. 2001.

SZTAJN, Rachel. Direito e economia. **Revista de Direito Mercantil: Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n. 144, p. 221-235, out./dez. 2006.

_____. Law and economics. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (Org.). **Direito e economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. 5. ed. – São Paulo: Método, 2010. v. 3.

_____. **Função social dos contratos: do código de defesa do consumidor ao código civil de 2002**. São Paulo: Método, 2007.

TARTUCE, Flávio. Teoria do adimplemento substancial na doutrina e na jurisprudência. **Jornal Carta Forense**, São Paulo, 2 abr. 2015. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/teoria-do-adimplemento-substancial-na-doutrina-e-na-jurisprudencia/15191>>. Acesso em: 29 jun. 2016.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A jurisprudência como fonte do direito e o aprimoramento da magistratura. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui. (Org.). **Doutrinas essenciais: direito civil: parte geral**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. v. 1.

TEIZEN JÚNIOR, Augusto Geraldo. **A função social no código civil**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

TELLES, Inocêncio Galvão. **Manual dos contratos em geral**. 3. ed. Lisboa: Lex, 1995.

TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo e a nova teoria contratual. In: _____. (Coord.). **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo. (Coord.). **A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. **Notas sobre a função social dos contratos**. São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://www.tepedino.adv.br/wp/wp-content/uploads/2012/09/biblioteca12.pdf>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

_____.; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código civil interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. v. 2.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Interpretação e aplicação das normas jurídicas. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui. (Org.). **Doutrinas essenciais: direito civil: parte geral**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. v. 1.

_____. **O contrato e seus princípios**. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1999.

_____. **O contrato e sua função social: a boa-fé objetiva no ordenamento jurídico e a jurisprudência contemporânea**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. **O contrato e sua função social**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. et al. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TIMM, Luciano Benetti. Ainda sobre a função social do direito contratual no código civil brasileiro: justiça distributiva versus eficiência econômica. **Revista da Associação Mineira de Direito e Economia**, Belo Horizonte, v. 2, p. 1-40, 2009. Disponível em: <<http://www.revista.amde.org.br/index.php/ramde/article/view/26/24>>. Acesso em: 28 jun. 2017.

_____. **Direito contratual brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio de Queiroz Bezerra; PIMENTEL, Ayrton. **O contrato de seguro: de acordo com o novo código civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

URBANO, Hugo Evo Magro Corrêa. A eficácia externa dos contratos e a responsabilidade civil de terceiros. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Doutrinas essenciais: obrigações e contratos: obrigações: função e eficácia**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. v. 3.

VALLE, Christino Almeida do. **Contratos: teoria, prática e jurisprudência**. Rio de Janeiro: Aide, 1993.

VASQUES, José. **Contrato de seguro**. Coimbra: Almedina, 1999.

VELOSO, Zeno. **Invalidade do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011. v. 2.

VENTURA, Deisy. **Monografia jurídica: uma visão prática**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

VILLAR, Alice Saldanha. **Direito sumular: STJ**. Leme: Jhmizuno, 2015.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Trad. Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

VINAGRE, Marta Maria. A outra face do contrato. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, ano 12, n. 44, p. 102-124, 1988.

VON TUHR, Andreas. **Tratado de las obligaciones**. Trad. W. Roces. Madrid: Reus, 1934. t. 2.

WALD, Arnoldo. A dupla função econômica e social do contrato. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 5, p. 3-10, jan./mar. 2004.

_____. **Curso de direito civil brasileiro: obrigações e contratos**. 13. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998.

_____. O interesse social no direito privado. **Revista da Ajuris: Doutrina e Jurisprudência**, Porto Alegre, n. 101, p. 9-21, mar. 2006.

_____. Um novo direito para a nova economia: a evolução dos contratos e o Código Civil. In: DINIZ, Maria Helena; LISBOA, Roberto Senise (Coord.). **O direito civil no século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2003.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Uma reflexão sobre as cláusulas gerais do código civil de 2002 – a função social do contrato. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 94, v. 831, p. 59-79, jan. 2005.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1994. v. 1.

ZANCHET, Marília. A nova força obrigatória dos contratos e o princípio da confiança no ordenamento jurídico brasileiro: análise comparada entre o CDC e o CC/2002. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 58, p. 116-142, abr./jun. 2006.

ZANETTI, Cristiano de Sousa. **Direito contratual contemporâneo**: a liberdade contratual e sua fragmentação. São Paulo: Método, 2008. v. 5.