

**XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO
CONPEDI BUENOS AIRES –
ARGENTINA**

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO I

DANIELA SILVA FONTOURA DE BARCELLOS

ROSÂNGELA LUNARDELLI CAVALLAZZI

WILLIAM PAIVA MARQUES JÚNIOR

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito Civil Contemporâneo I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Daniela Silva Fontoura de Barcellos; Rosângela Lunardelli Cavallazzi; William Paiva Marques Júnior. – Florianópolis: CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-760-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Derecho, Democracia, Desarrollo y Integración

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito civil. 3. Contemporâneo. XII Encontro Internacional do CONPEDI Buenos Aires – Argentina (2: 2023 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI BUENOS AIRES – ARGENTINA

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO I

Apresentação

A presente coletânea é composta dos trabalhos aprovados, apresentados e debatidos no Grupo de Trabalho: “Direito Civil Contemporâneo I”, no âmbito do XII Encontro Internacional do CONPEDI, realizado entre os dias 12 a 14 de outubro de 2023, na cidade de Buenos Aires /Argentina, na Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires (UBA), e que teve como temática central “Derecho, democracia, desarrollo y integración”.

Os trabalhos expostos desenvolveram de forma verticalizada diversas temáticas atinentes ao Direito Civil Contemporâneo, especialmente na relação dialogal com os Direitos da Personalidade, as novas tecnologias e a consequente Democratização do Direito Civil. As pesquisas ora apresentadas funcionam como canais indispensáveis nos debates e propostas das pendências existentes nos campos indicados e na busca de soluções efetivas para as problemáticas indicadas.

Bruna Dezevecki Olszewski e Dirce do Nascimento Pereira abordam o contexto de superexposição de crianças nas redes sociais pelos pais – fenômeno conhecido como *sharenting* – caracterizado pelo compartilhamento de imagens, dados ou informações relacionadas aos filhos ainda em tenra idade, no âmbito da Internet. Com isso, o estudo centra-se na problemática relacionada à colisão de direitos fundamentais, especificamente relacionados à liberdade de expressão dos pais para publicarem o que bem entenderem, em contraponto ao direito de imagem da criança, considerando a necessidade de lhe conferir proteção integral.

William Paiva Marques Júnior investiga os desafios impostos ao Direito Civil Contemporâneo a partir da positivação do princípio da boa-fé objetiva, que incluiu o paradigma da eticidade. Nesse contexto, a boa-fé objetiva surge como elemento instrumental em todos os ramos civis atuando como elo entre os fenômenos da Ética e do Direito, especialmente em matéria de Direito dos Contratos. Objetiva-se analisar a função instrumental da boa-fé, contemplada pelo Código Civil de 2002, no campo do Direito Contratual, a irradiar os seus efeitos nos aspectos obrigacionais, familiares, sucessórios e patrimoniais (incluindo a responsabilidade civil).

Matheus Pasqualin Zanon , Aline Hoffmann e Paulo Roberto Ramos Alves refletem sobre a evolução das estruturas familiares na democracia, revelando uma relação complexa entre mudanças nas famílias e os princípios democráticos. Diferentes modelos democráticos moldaram as políticas de direito de família, com abordagens inclusivas reconhecendo e protegendo diversas formas familiares. Movimentos sociais, como os de direitos LGBTQIAP+ e igualdade de gênero, impulsionaram essas mudanças, enquanto a democracia respondeu a essas demandas por meio de legislações progressistas. No entanto, desafios persistem, como desigualdades entre grupos familiares. A relação é recíproca: as mudanças familiares influenciam a democracia e vice-versa. A compreensão da diversidade familiar e a proteção dos direitos fundamentais sob princípios democráticos são cruciais para o entendimento da sociedade. Enquanto as sociedades continuam a evoluir, esta interseção entre democracia e estruturas familiares permanecerá vital para promover igualdade, justiça e direitos humanos em nossa complexa e variada paisagem social, visto que a família é a primeira sociedade em que o sujeito está inserido.

Fabricia Moreira Rodrigues Mescolin investiga a aplicabilidade do princípio da solidariedade familiar como comando normativo, capaz de impor deveres prestacionais a cada filho, com a intenção de tornar uniforme a divisão dos cuidados entre os irmãos. Com a chegada da velhice, surge o problema da dependência, necessitando o idoso da ajuda para alcançar a satisfação das suas necessidades. Aos filhos maiores, incube o dever jurídico normativo de amparar seus genitores na velhice, estabelecido na segunda parte do artigo 229 da Constituição Federal de 1988. Dever esse, que, por vezes, é esquecido e violado por alguns filhos, que se omitem na participação dos cuidados ao idoso genitor dependente de assistência. Essa omissão gera um desequilíbrio na divisão dos cuidados entre os filhos, e, conseqüentemente, sobrecarrega o(a) filho(a) que cuida sozinho(a) do seu genitor. Essa sobrecarga sugere uma situação de evidente risco de exaustão, com possíveis conseqüências para a saúde física e mental desse(a) filho(a) cuidador(a).

Rafael Albuquerque da Silva e Elane Botelho Monteiro alertam sobre o direito à moradia no âmbito das relações privadas, em especial com a consagração do direito real de habitação por força de lei, expressamente previsto no Código Civil de 2002. Invocando a eficácia horizontal dos direitos fundamentais sociais, a pesquisa defende a possibilidade do direito real de habitação ser estendido ao filho com deficiência, tendo em vista a consagração do princípio da vedação do retrocesso social, que no caso seria aplicado diante da inclusão da referida previsão pouco antes do advento da lei civilista atual, que por sua vez não previu igualmente.

João Delciomar Gatelli , Taciana Marconatto Damo Cervi e Janete Rosa Martins tratam da viabilidade do emprego das novas tecnologias na sucessão testamentária. A temática dos meios eletrônicos e sucessão testamentária possibilitou a elaboração de um problema específico envolvendo o instituto do testamento, ou seja, se é possível, em um futuro próximo, o uso dos meios eletrônicos nos testamentos ordinários. Na busca de uma resposta ao problema levantado, partiu-se de uma hipótese positiva para investigar as possíveis inserções dos meios eletrônicos nos testamentos ordinários, assim como as críticas que poderiam agregar-se a uma eventual hipótese negativa. Assim, situando a temática no âmbito da Quarta Revolução Industrial percebe-se o cenário inevitável de compartilhamento por meio de dispositivos com a substituição das tradicionais formas de manifestação da vontade, o que vem sendo contextualizado em Internet das Coisas – IoTs. Neste aspecto, a pesquisa identifica quanto ao testamento público e particular a viabilidade da videoconferência e assinatura eletrônica como facilitadores ao instituto, bem como otimização de tempo e custos. Quanto ao testamento cerrado destaca-se o uso de chaves eletrônicas e códigos para garantir o sigilo de seu conteúdo até o óbito, o que também pode oferecer maior segurança quando comparado ao risco de violação do lacre tradicional.

Aline Klayse Dos Santos Fonseca analisa que a economia do compartilhamento tende a direcionar o olhar para a possibilidade de novo alcance jurídico ao princípio da exclusividade da propriedade para impulsionar negócios jurídicos que parecem limitar o conteúdo do direito de propriedade sem que haja a elasticidade do domínio. Assim, quando há necessidade de aplicação das normas jurídicas brasileiras em casos concretos, a legislação precisa de adequações para enfrentar os desafios oriundos da relação entre novas tecnologias e propriedade, de modo que as decisões judiciais sobre a matéria adquirem uma relevância que não pode ser ignorada. Apresenta o contexto histórico da economia do compartilhamento, aspectos conceituais e as principais aplicações desse modelo na atualidade para, então, dedicar-se à análise do Recurso Especial nº 1.819.075 – RS, no qual são suscitadas reflexões quanto à tese da qualificação jurídica da intermediação do acesso temporário de imóveis pelo Airbnb, notadamente no que concerne ao impacto da economia do compartilhamento na interpretação jurídica de destinação residencial, bem como à análise do caso Cali Apartments SCI (C 724/18), buscando contribuir de maneira prática sobre o tratamento da questão, por meio comparativo, entre o ordenamento jurídico brasileiro e estrangeiro..

Guilherme Augusto Giroto propõe uma análise sistêmica dos aspectos históricos e contemporâneos que informam o instituto dos danos morais, abordando divergências doutrinárias e jurisprudenciais. O caráter pedagógico, por vezes, adotado na prática (jurisprudência) enfrenta críticas da doutrina, e esta é a problemática, como pode-se delimitar

o conceito de dano moral na contemporaneidade. Torna-se imprescindível conceituar o que seriam denominados como novos danos, para estes não integrem então de forma equivocada o conceito de dano moral. Assim, os denominados novos danos seriam espécies integrantes, junto ao dano moral, do gênero que é o dano extrapatrimonial.

Aline Klayse Dos Santos Fonseca investiga, sob a ótica das novas tecnologias, os denominados contratos inteligentes ou Smart Contracts que atrelam-se ao cenário de digitalização do Direito, propulsando um vasto campo de interesse e o engajamento crítico sobre se a Teoria Geral dos Contratos acomoda coerentemente o atual dinamismo das relações contratuais, bem como as novas formas de contratação.

Para Guilherme Augusto Girotto, a responsabilidade civil contemporânea está se deparando com a necessidade da sociedade de se ver tutelada pelas novas tecnologias, razão pela qual o Poder Legislativo vem buscando conferir maior legalidade aos ambientes virtuais, reflexo direto disto foi a edição do Marco Civil da Internet e a LGPD. Em razão do silêncio do Legislativo em relação à classificação da responsabilidade civil prevista nesta última lei ser objetiva ou subjetiva, a doutrina pátria está dividida e, ainda surgem novas concepções para o tipo de responsabilidade prevista, qual seja, a responsabilidade civil proativa, com o objetivo de conferir maior respaldo ao usuário de ambientes virtuais.

Nathalie Carvalho Candido , Williane Gomes Pontes Ibiapina , Rayana Neyandra Sabino Barroso, a partir do método descritivo-analítico, abordam como os comentários de ódio podem ser configurados pela comunidade jurídica enquanto ato ilícito, sem que haja uma censura à liberdade de expressão, e, por conseguinte, o reconhecimento do dano. Abordam a motivação psicológica da figura dos haters, posteriormente perquire-se o funcionamento das redes sociais e de que forma culminam ao favorecimento dos ataques de ódio. Analisam ainda o reconhecimento dos limites da liberdade de expressão por meio da jurisprudência aplicada atual e quais os pressupostos para que haja a configuração da responsabilidade civil nos comentários de ódio.

Daniela Arruda De Sousa Mohana, Danilo Mohana Pinheiro Carvalho Lima e Anderson Flávio Lindoso Santana, traçam um panorama da função social do contrato no ordenamento jurídico brasileiro, desde a Constituição Federal de 1988, posteriormente no Código Civil de 2002, e sua alteração na Lei da Liberdade Econômica no ano de 2019. Em busca de individualizar o que vem a ser a efetiva função social, é realizada a sua distinção com a boa-fé objetiva e, apresentar em quais situações haverá a mitigação da autonomia da vontade em primazia da coletividade na modalidade externa, metaindividual e do terceiro opressor, além da proteção das partes envolvidas no negócio jurídico, sob o prisma da função social do

contrato na modalidade interna, como uma autodefesa imposta pela sociedade, incluindo a visão do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema.

Frederico Thales de Araújo Martos e Alícia Braga Silva defendem a aplicabilidade da constituição de uma sociedade holding para elaboração do planejamento patrimonial e sucessório, bem como sua capacidade de inibir disputas entre herdeiros, diminuir a carga tributária e o risco da perda de controle sobre os bens e direitos da família. A análise da matéria, efetuada por meio de pesquisa bibliográfica, conclui que a sociedade holding, desde que bem estruturada, contribui para um planejamento patrimonial e sucessório bem sucedido, garantindo ao grupo familiar benefícios que vão desde financeiros à emocionais.

Alexsandro José Rabelo França, Thiago Brhanner Garcês Costa e Jaqueline Prazeres de Sena consideram que a interação entre a Lei nº 12.965/2014, o Marco Civil da Internet e a regulação do ambiente virtual, tendo como enfoque as características da responsabilidade civil dos provedores de aplicação. A crescente influência da internet na sociedade contemporânea, cenário para discussão sobre os desafios legais e éticos enfrentados pelos intermediários digitais, encontra no Marco Civil a estrutura basilar de um regramento que estabelece direitos e deveres para usuários do ambiente virtual, destacando seus princípios de neutralidade da rede, privacidade e colaboração multissetorial. Nesse contexto, a responsabilidade civil dos provedores de internet, com as implicações de sua atuação na moderação de conteúdo, é importante ferramenta para impedir violações de direitos no ambiente virtual, sendo objetivo deste trabalho esclarecer os critérios desse regramento. A análise ressalta a relevância da jurisprudência em evolução na definição da responsabilidade dos provedores de aplicação, com destaque para a discussão sobre a constitucionalidade do artigo 19 do Marco Civil e suas implicações, na busca por um equilíbrio entre a liberdade de expressão, a proteção dos direitos individuais e a responsabilidade dos intermediários digitais.

Frederico Thales de Araújo Martos e Cláudia Gil Mendonça constataam a possibilidade de herança digital. Na ausência legislativa de como proceder à sucessão dos aludidos bens digitais, principalmente os adquiridos neste novo mundo chamado metaverso, muitas controvérsias são levantadas entre os juristas e, portanto, faz-se necessário buscar uma solução efetiva e satisfatórias para referidas demandas.

Arthur Lustosa Strozzi, Daniela Braga Paiano e Rita de Cassia Resquetti Tarifa Espolador revelam o pacto de coparentalidade à luz da teoria do negócio jurídico. Para isso, examinam a coparentalidade como fato jurídico ensejador de efeitos que permite a constituição, modificação ou extinção de situações jurídicas. Posteriormente, enquanto fato jurídico, por se apresentar relevante para o direito, o estudo indica que as pessoas podem celebrar negócio

jurídico para declarar o objeto de seus desejos, quais sejam, a geração, criação, manutenção e desenvolvimento de filho, sem a existência de vínculo afetivo entre os genitores. Verifica-se que o mencionado instrumento preenche os três degraus da escada ponteana, enquanto negócio jurídico. Analisam julgados provenientes dos Tribunais de Justiça de Minas Gerais e do Paraná.

Rafaela Peres Castanho desenvolve pesquisa em torno de uma visão interdisciplinar sobre o Direito de Família, correlacionando-o com a teoria do apego e a teoria do afeto.

Daniela Braga Paiano , Gabriela Eduarda Marques Silva e Júlia Mariana Cunha Perini investigam que a Constituição Federal de 1988 constitui, no Direito de Família brasileiro, um marco histórico, ao reconhecer outras formas de constituição familiar além daquela oriunda do matrimônio, retirando da margem da sociedade àquelas uniões informais, denominadas popularmente como concubinato, ao reconhecer, de forma expressa, a união estável como entidade familiar. Nesse sentido, realizam uma análise comparativa do contrato de convivência no direito brasileiro e estrangeiro, perpassando pela análise da evolução histórica desse instituto e da autonomia privada dos conviventes na construção de uma relação eudemonista.

Com grande satisfação coordenamos e apresentamos a presente obra, agradecendo aos autores (as)/pesquisadores(as) envolvidos(as) em sua produção pelas profícuas reflexões surgidas e debatidas, bem como reiteram e louvam a dedicação e competência de toda a equipe do CONPEDI pela organização e realização do exitoso e arrojado evento, realizado em Buenos Aires/Argentina.

Reiteramos a esperança que a obra ora apresentada sirva como parâmetro acadêmico para a compreensão dos problemas da complexa realidade social sob a óptica civilista. Desejamos leituras proveitosas na construção de uma nova perspectiva para os desafios impostos ao Direito Civil no contexto contemporâneo pós-pandêmico de utilização dos mecanismos dos Direitos da Personalidade como força motriz da democratização do Direito Privado.

Profa. Dra. Daniela Silva Fontoura de Barcellos- UFRJ (Universidade Federal do Rio de Janeiro)

Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi- UFRJ (Universidade Federal do Rio de Janeiro) e PUC/RJ (Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro)

Prof. Dr. William Paiva Marques Júnior- UFC (Universidade Federal do Ceará)

**FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO NO ORDENAMENTO JURIDICO
BRASILEIRO: UMA ANÁLISE DA PRINCIPIOLOGIA DOS CONTRATOS.**

**SOCIAL FUNCTION OF THE CONTRACT IN THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM:
AN ANALYSIS OF THE PRINCIPLES IN CONTRACTS .**

**Daniela Arruda De Sousa Mohana
Danilo Mohana Pinheiro Carvalho Lima
Anderson Flávio Lindoso Santana**

Resumo

O presente trabalho tem por escopo analisar a função social do contrato no ordenamento jurídico brasileiro, desde o seu surgimento na Constituição Federal de 1988, posteriormente no Código Civil de 2002, e sua alteração na Lei da Liberdade Econômica no ano de 2019. Em busca de individualizar o que vem a ser a efetiva função social, será feita a sua distinção com a boa-fé objetiva e, apresentar em quais situações haverá a mitigação da autonomia da vontade em primazia da coletividade na modalidade externa, metaindividual e do terceiro opressor, além da proteção das partes envolvidas no negócio jurídico, sob o prisma da função social do contrato na modalidade interna, como uma autodefesa imposta pela sociedade. Analisa-se a visão do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria. Nesta perspectiva, o presente estudo faz uma análise crítica do tema, por meio de métodos indutivo e dedutivo, baseando sua pesquisa na bibliografia de caráter doutrinário e jurisprudencial.

Palavras-chave: Função social, Contrato, Boa-fé, Autonomia da vontade, Ordem pública

Abstract/Resumen/Résumé

The present work aims to analyze the social function of the contract in the Brazilian legal system, since its emergence in the Federal Constitution of 1988, later in the Civil Code of 2002, and its amendment in the Economic Freedom Law in 2019. In order to individualize what becomes the effective social function, it will be distinguished with objective good faith and, present in which situations there will be the mitigation of the autonomy of the collective's primacy in the external, metaindividual and third oppressor modality, in addition to the protection of the parties involved in the legal business, from the perspective of the social function of the contract in the internal modality, as a self-defense imposed by society. And finally, if you look at the view of the Superior Court of Justice on the matter. In this perspective, the present study makes a critical analysis of the theme, through inductive and deductive methods, based on its research on the bibliography of doctrinal and jurisprudential character.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Social role, Contract, Good faith, Autonomy of the will, Public order

INTRODUÇÃO

A função social do contrato está prevista em nossa legislação a partir da Constituição Federal de 1988, e posteriormente fora tratada de forma mais direta no Código Civil de 2002, com muitas críticas à redação do artigo 421 do Código Civil, sendo reformado pela Lei da Liberdade Econômica no ano de 2019. Tal fato ensejou a necessidade de aprofundar a temática sobre a efetiva finalidade da função social do contrato e a sua aplicação em nosso ordenamento jurídico.

Para estabelecer o que vem a ser a função social do contrato serão abordados os princípios contratuais mais relevantes sobre a temática, como a autonomia da vontade, a obrigatoriedade dos contratos, a supremacia da ordem pública, a probidade e boa-fé. Após este momento, será apresentada a evolução normativa do referido princípio na legislação brasileira sob o prisma constitucional e infraconstitucional.

De início, será realizada uma análise sobre a evolução legislativa da temática, desde sua base constitucional até a sua corporificação no Código Civil de 2002, e após duras críticas doutrinárias, a sua reforma pela Lei da Liberdade Econômica.

No campo doutrinário, se busca abordar de que forma a temática é apresentada e os requisitos para aplicação da função social da propriedade, como mitigação da liberdade de contratar. De forma a considerar que a supremacia do interesse público irá interferir em relações particular, podendo ensejar a nulidade de uma cláusula contratual ou até mesmo a nulidade do próprio contrato.

Em sequência, de posse do entendimento da doutrina, será analisada, com base nos informativos divulgado pelo Superior Tribunal de Justiça, de que forma a função social do contrato está sendo aplicado pelas cortes brasileiras.

Portanto, no intuito de melhor compreender tal celeuma, se apresentará no que consiste a função social do contrato, fazendo sua distinção da boa-fé objetiva e de que forma o Estado, investido por meio do Poder Judiciário poderá interferir em contrato celebrados por particulares, mas visando sempre um bem maior, qual seja, a coletividade.

2 DOS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS

Desde as primeiras relações entre os humanos, que sequer existia comunicação ou mesmo moedas, já existia os contratos, mesmo que não tenha essa nomenclatura o

referido período histórico. Neste prisma, Cesar Fiuza já assentava que “Se o fenômeno contratual deixasse de existir, também o deixaria nossa sociedade” (FIUZA, 2008).

O “contrato” sobreveio com os Romanos, que na época era caracterizado por meio de um acordo ou convenção, sendo a primeira norma jurídica positivada sobre a temática somente no Código de Napoleão, cuja origem remonta a Revolução francesa (1789).

De acordo com Gonçalves (2012), o contrato é um acordo de vontade, entre ambas as partes, onde se cria obrigações a ambos ou apenas a um dos contratantes. É uma forma comum de criação de obrigações, tendo em vista a necessidade do ser humano de se relacionar de forma justa e amigável entre si, adquirindo ou repassando produtos e/ou serviços. Conforme o autor, o contrato também é considerado uma espécie de negócio jurídico, que pressupõe para formação e validade requisitos subjetivos e objetivos.

Para a doutrina, os contratos têm três funções básicas: a função econômica; função pedagógica e; função social. A primeira função tem por finalidade a circulação de riquezas, que se inicia na celebração da matéria prima, fabricação do produto e sua comercialização, ou mesmo contrato destinado a prestação de serviços, tendo por finalidade precípua não apenas a circulação de dinheiro, mas distribuição de renda e emprego. A segunda função visa garantir a civilidade na sociedade, uma vez que as cláusulas contratuais visam, além da prestação pactuada no instrumento; um respeito mútuo entre os contraentes, pois devem cumprir fielmente aquilo que fora pactuado. Por fim, temos a função social do contrato, objeto desse estudo, que reflete uma síntese das funções anteriores, e por sua vez estabelece que o contrato é um fenômeno econômico-social, visando sempre o bem-estar e a dignidade da humanidade.

A regulamentação dos contratos e até mesmo a interpretação das cláusulas contratuais devem-se pautar nos princípios que regem a matéria, sejam eles constitucionais ou infraconstitucional, tradicional ou moderno.

2.1 Princípio da autonomia da vontade

O princípio da autonomia da vontade dispõe que as partes são livres para contratar e, em regra, sem a interferência do Estado, podendo celebrar contratos nominados ou mesmo inominados criados entre eles. Não será imposto a alguém o contrato, pela própria definição deste, pressupõe uma voluntariedade de ambas as partes em contratar.

O filósofo Immanuel Kant fora um dos primeiros a utilizar a expressão “autonomia da vontade”, definindo-o como:

Autonomia da vontade é aquela sua propriedade graças à qual ela é para si mesma a sua lei (independentemente da natureza dos objetos 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 objetos 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. (KANT, 1986, p. 85.)

Roberto Gonçalves ao tratar do princípio da autonomia da vontade, assenta:

O princípio da autonomia da vontade se alicerça exatamente na ampla liberdade contratual, no poder dos contratantes de disciplinar os seus interesses mediante acordo de vontades, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica. Têm as partes a faculdade de celebrar ou não contratos, sem qualquer interferência do Estado. Podem celebrar contratos nominados ou fazer combinações, dando origem a contratos inominados. (GONÇALVES, 2012, p. 41)

A autonomia da vontade para Monteiro é “A regra nos contratos, insista-se, é a autonomia da vontade dos estipulantes e que deve ser sempre respeitada, não obstante as restrições que lhe foram impostas” (MONTEIRO, 2013, p. 23). Do mesmo modo em que há a autonomia da vontade, tendo a liberdade de contratar com quem e segundo a sua vontade, há também a liberdade de realizar contratos atípicos não previstos na legislação, porém com a observância dos princípios contratuais e gerais do direito.

Portanto, a liberdade de contratar não é absoluta ante a existência do princípio da função social do contrato – objeto do presente estudo, onde permite que o Estado possa interferir na relação contratual, de forma que a autonomia privada substituiu a autonomia da vontade, pois a vontade contratual perdeu o papel relevante que exercia diante do dirigismo contratual.

Frise-se que a interferência do Estado não tem o condão de alterar ou opinar sobre as cláusulas contratuais firmadas entre as partes. Sendo-lhe atribuída a função de apenas verificar e, caso seja necessário, anular a cláusula que infringir direitos indisponíveis do indivíduo ou até mesmo o próprio contrato, caso este esteja contaminado como um todo por cláusulas abusivas, que serão analisadas adiante.

2.2 Obrigatoriedade dos contratos

O princípio da obrigatoriedade dos contratos determina que quando os contratos são firmados, e validados, eles devem ser cumpridos, somente findando-se as obrigações das partes quando da resolução do contrato. Pela autonomia da vontade, ninguém será obrigado a contratar, podendo contratar apenas por livre e espontânea vontade, com quem quiser e onde quiser, porém, se o contrato for realizado este deverá ser cumprido nos exatos termos dispostos entre as partes.

Para Bittar: “O princípio da obrigatoriedade dos contratos (ou da intangibilidade), que deriva da máxima *pacta sunt servanda*, impõe às partes o adimplemento (BITTAR, 1994, p. 455).

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves:

a necessidade de segurança nos negócios, que deixaria de existir se os contratantes pudessem não cumprir com a palavra empenhada, gerando a balbúrdia e o caos; b) a intangibilidade ou imutabilidade do contrato, decorrente da convicção de que o acordo de vontade faz lei entre as partes, personificada pela máxima *pacta sunt servanda* (os pactos devem ser cumpridos), não podendo ser alterado nem pelo juiz. (GONÇALVES, 2012, p. 49)

O Código Civil de 2002 adotou a teoria da imprevisão, considerando a evolução do princípio da onerosidade excessiva ou da revisão contratual, que consiste na possibilidade de revisão ou até a rescisão contratual, caso um fato superveniente tenha causado onerosidade excessiva para uma das partes, um enriquecimento a outra, e o fato tenha sido imprevisível (TARTUCE, 2014, pág. 91).

2.3 Princípio da supremacia da ordem pública

O princípio da supremacia da ordem pública, seja pela observância das leis, seja em decorrência da moral e dos bons costumes, é um princípio que limita a autonomia de vontade, dando prevalência ao interesse público. Sua origem remonta ao início do século XX, porquanto em virtude da crescente industrialização na qual se observava a ampla liberdade de contratar, resultaram em grandes desequilíbrios contratuais, prevalecendo a exploração do economicamente mais fraco.

No direito brasileiro, começaram a ser editadas leis para garantir a supremacia da ordem pública, da moral e dos bons costumes, podendo ser citadas a Lei da Economia

Popular (Lei nº 1.521/51), a Lei do Inquilinato (Lei nº 8.245/91), o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), entre outros.

De acordo com Monteiro (MONTEIRO, 2013, p. 24), o natural limite, que fixa o campo da atividade individual é estabelecido pelo segundo princípio, da supremacia da ordem pública, que proíbe estipulações contrárias à moral, à ordem pública e aos bons costumes, que não podem ser derogadas pelas partes.

Nesse caso, caberá ao juiz, no caso concreto, observar se a ordem pública, qualquer que ela seja, está sendo violada, para com isso, aplicar o princípio da supremacia da ordem pública. O próprio princípio da função social do contrato já tem estrita ligação com a ordem pública, porém, é mais amplo, ao considerar que o contrato deve além de não violar a ordem pública, cumprir uma função na sociedade.

2.4 Probidade e boa-fé

Este princípio trata da evolução do conceito de boa-fé, estando no plano da conduta de lealdade das partes, ressaltando que essa boa-fé se contrapõe a boa-fé subjetiva que está no plano da intenção (estado psicológico). Ele regula que os contratantes devem agir honestamente, com transparência, lealdade, probidade com o outro contratante, o que se exige do homem comum, respeitadas as peculiaridades dos costumes e usos do local (BITTAR, 1994, p. 456). O Código Civil de 2002 estabelece no art. 422 que “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

De acordo com Bittar (1994), o princípio da boa-fé deve pautar a atuação dos contratantes com lealdade e confiança recíproca. Assim, as partes devem agir em consonância com a lealdade e com a confiança recíprocas que as relações contratuais impõem. Cabe a ambas as partes respeitar a posição do outro contratante e operar com fidelidade e com probidade, a fim de que alcancem os objetivos pretendidos com o contrato, agindo consoante padrões éticos compatíveis com a contratação pretendida.

As funções da boa-fé objetiva, segundo o Código Civil de 2002, são a função de interpretação (artigo 113 do Código Civil), a função de controle (artigo 187 do Código Civil) e função de integração (artigo 422 do Código Civil). É possível em um contrato ótimo para as partes haver boa-fé. No entanto, esse contrato pode ofender a terceiros, no caso, a sociedade. O contrato ótimo para empresas pode lesar consumidores,

afetando, por exemplo, a livre iniciativa. Ou seja, satisfaz interesses individuais, mas afeta os meta-individuais.

A função de interpretação é aquela que determina que os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé, ao passo que a função de controle, extraída do artigo 187, do Código Civil, dispõe que aquele que viola a boa-fé objetiva no exercício de um direito comete abuso de direito, modalidade de ilícito, salientando que, conforme dispõe o Enunciado 37 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na da I Jornada de Direito Civil “A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico”.

A última função extraída do artigo 422, do Código Civil, dita que a boa-fé objetiva deve integrar todas as fases contratuais, isto é, a fase pré-contratual, a fase contratual e a fase pós-contratual (DUARTE, 2004).

A boa-fé subjetiva é a chamada concepção psicológica da boa-fé, consiste em ignorância do estado real dos fatos, tem a ver com a consciência da parte. A sua constatação será feita pelo juiz no caso concreto, sendo que a boa-fé deve ser presumida, a má-fé (conhecimento do real estado dos fatos) é que deve ser provada. Já a boa-fé objetiva é a chamada concepção ética da boa-fé, ou seja, é norma de comportamento, como as partes devem agir, ou não agir, constituindo um modelo que deve ser seguido, com parâmetros como honestidade, lealdade, informação, confiança, assistência, confidencialidade entre outros (GONÇALVES, 2012).

3 FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E O PRINCÍPIO DA BOA FÉ

O Código Civil de 1916, também conhecido como código Clovis Bevilacqua, não dispunha em seu texto nenhuma menção sobre a função social do contrato, ou mesmo, sobre a boa-fé objetiva.

A função social do contrato sobreveio em nosso ordenamento jurídico com o advento da Constituição Federal de 1988, que por sua vez estabeleceu em seu art. 1º que:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - **os valores sociais** do trabalho e **da livre iniciativa**; (Vide Lei nº 13.874, de 2019):

Apesar de não constar textualmente no dispositivo acima da carta constitucional o termo “função social do contrato”, a referida norma visa resguardar os interesses sociais das partes, na medida de que os valores sociais relevantes, que transcendem a esfera individual devem ser resguardados, consoante se vislumbra nos arts. 5º, XXII e XXIII e 170, III, da CF, *in verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a **propriedade atenderá a sua função social**;

(...)

Art. 170. A **ordem econômica**, fundada na valorização do trabalho humano e na **livre iniciativa**, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os **ditames da justiça social**, observados os seguintes princípios:

(...)

III - função social da propriedade;

Para Carlos Roberto Gonçalves, a função social do contrato guarda intimidade com o princípio da função social da propriedade:

A concepção social do contrato apresenta-se, modernamente, como um dos pilares da teoria contratual. Por identidade dialética guarda intimidade com o princípio da "função social da propriedade" previsto na Constituição Federal. Tem por escopo promover a realização de uma justiça comutativa, aplainando as desigualdades substanciais entre os contraentes (GONÇALVES, 2012, pg. 22)

A partir da base constitucional, os civilistas passaram a desenvolver a teoria da função social do contrato, tendo como precursores os renomados juristas Orlando Gomes e Miguel Reale, este último coordenador do novo código civil.

Miguel Reale, pautado na dialética da complementariedade, de que o contrato deve ser livre (autonomia da vontade), útil (atender sua função econômica) e justo (atender a função social), assentou:

Um dos motivos determinantes desse mandamento resulta da Constituição de 1988, a qual, nos incisos XXII e XXIII do Art. 5º, salvaguarda o direito de propriedade que “atenderá a sua função social”. Ora, a realização da função social da propriedade somente se dará se igual princípio for estendido aos contratos, cuja conclusão e exercício não interessa somente às partes contratantes, mas a toda a coletividade. (...) Ora, a realização da função social da propriedade somente se dará

se igual princípio for estendido aos contratos, cuja conclusão e exercício não interessa somente às partes contratantes, mas a toda a coletividade. (REALE, 2021).

Orlando Gomes, ao tratar a matéria, leciona:

O fenômeno da contratação passa por uma crise que causou a modificação da função do contrato: deixou de ser mero instrumento do poder de autodeterminação privada, para se tornar um instrumento que deve realizar também interesses da coletividade. Numa palavra: o contrato passa a ter função social. (GOMES, 2009, p. 128.)

Neste contexto, adveio o então art. 421 do Código Civil, que em sua redação originária estabeleceu que “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”, conjugando em seu bojo a dimensão de liberdade individual e coletiva, o que causou muita controvérsia na época.

Caio Mário explica que a polêmica repousa no fato de que “a função social do contrato serve para limitar a autonomia da vontade quando tal autonomia esteja em confronto com o interesse social e este deva prevalecer, ainda que essa limitação possa atingir a própria liberdade de não contratar” (PEREIRA, 2006, p. 13).

Desta forma, ao admitir a prevalência do interesse coletivo sobre o individual, indo de encontro ao princípio da autonomia da vontade, ou seja, ao firmar um contrato as partes devem observar além dos interesses privados a sua função social, isto é, o interesse de toda uma sociedade, em que se busca que a riqueza deve ser justa, e almejar o equilíbrio social, não somente das partes.

Com a norma contida no art. 421, o Poder do Estado, corporificado no Poder Judiciário passou a ter liberdade para deliberar sobre a adequação social de cada contrato, bem como as suas cláusulas, o que até então era associado ao *pacta sunt servanda*.

Considerando que a terminologia “função social”, possui uma amplitude de significados, se enquadrado na hipótese de cláusula geral, que na Visão de Roberto Gonçalves são “normas orientadoras sob forma de diretrizes, dirigidas precipuamente ao juiz, vinculando-o, ao mesmo tempo em que lhe dão liberdade para decidir” (GONÇALVES, 2012, p. 27).

Os civilistas, de igual forma, criticavam a redação do artigo 421 do CC, pois na concepção destes, o uso da expressão “liberdade de contratar” estaria equivocada, posto que se mostra mais adequada a terminologia “liberdade contratual”, tendo em vista que a primeira expressão reflete a discricionariedade de contratar (autonomia da vontade),

conveniência e oportunidade das partes, a liberdade de firmar o contrato com quem for de interesse de uma das partes, e por fim fixar os termos das cláusulas contratuais.

Tal contexto não se vislumbra da expressão “liberdade contratual”, onde as cláusulas contratuais devem estar em consonância com a função social, ou seja, o direito privado é alicerçado na liberdade do indivíduo, em que o particular poderá praticar qualquer ato, desde que não haja lei que proíba, e no contexto em discussão, não há qualquer vedação a “liberdade de contratar”, mas apenas a possibilidade do Estado interferir em determinados contratos que vão de encontro aos interesses da sociedade.

Após longas discussões doutrinárias sobre a temática, com o advento da Lei da Liberdade Econômica, Lei nº 13.874/19, que instituiu a declaração de direitos de liberdade econômica e estabeleceu garantias do livre mercado, que visou a uniformização da jurisprudência, bem como combater à insegurança jurídica trazida pelo ativismo judicial, possibilitando desta maneira o fortalecimento assim empreendedorismo, de onde se destaca o princípio da intervenção mínima, a liberdade contratual e a presunção da paridade do contrato, houve a alteração do art. 421 do CC, passando este a ter a seguinte redação:

Art. 421. A liberdade **contratual** será exercida nos limites da função social do contrato. (Redação dada pela Lei nº 13.874, de 2019)
Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o **princípio da intervenção mínima** e a **excepcionalidade da revisão contratual**. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

Conforme se pode observar, a atual redação contida no art. 421 do CC, com alteração advinda com a Lei da Liberdade Econômica alterou o termo “liberdade de contratar”, para “liberdade contratual”, bem como foi suprimido o termo “em razão”, não obstante a inclusão do paragrafo único que acrescentou ao ordenamento jurídico o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual.

A alteração do termo “liberdade de contratar”, para “liberdade contratual” restou esgotada nos parágrafos anteriores, pelo que não se faz necessário tecer qualquer comentário sobre a temática. Contudo, no que se refere ao paragrafo único, este trouxe dois novos princípios que devem ser analisados.

A intervenção mínima é a possibilidade de revisão dos contratos, quando este não atende a função social do contrato, pautado na “funcionalidade social do contrato”, terminologia utilizada pelos civilistas como para parâmetro para que haja a intervenção do poder do Estado, quando necessário. Por sua vez, o termo “excepcionalidade da

revisão contratual”, que se encontra alicerçado nas teorias da imprevisão, da onerosidade excessiva, apesar de constar no parágrafo único, já havia elementos no *códex* civil que garantiam a intervenção mínima do Estado, consoante se vislumbra nos artigos 317, 478 do CC. Portanto, a revisão de um contrato entre particulares não era regra em nossa realidade jurídica.

Para melhor compreensão da temática abordada no presente estudo, faz-se necessário apresentar a distinção entre a função social do contrato e da boa-fé objetiva, de forma a evitar interpretações divergentes da doutrina.

Conforme amplamente explanado no presente estudo, a Função Social do Contrato tem por finalidade a intervenção do Poder do Estado nas relações privadas, visando um bem social, ou seja, a relação entre particulares não pode atingir a sociedade ou até mesmo deixar em desvantagem uma das partes envolvidas, agindo como uma fonte de um equilíbrio social, interna e externamente, sendo sua aplicação de forma vertical/exógena nos contratos.

Por sua vez, no contrato, as partes se encontram em posição horizontal/endógena, devendo agir nos termos da legislação civilista, com base na boa-fé, em atenção aos valores éticos e morais da sociedade, consoante estabelece os arts. 113, 187 e 422 do CC.

Neste prisma, a função social do contrato afeta a relação das partes envolvidas no contrato perante a sociedade, considerando a possibilidade de as cláusulas contratuais atingirem terceiros- leia-se sociedade.

A consequência jurídica neste cenário é a ineficácia do contrato ou cláusula contratual que atenta aos interesses sociais e a dignidade da pessoa humana. Por sua vez, a boa-fé objetiva almeja que os contratantes posam agir na celebração do contrato, assim como na sua execução com lealdade, honestidade e probidade, evitando, por conseguinte, o desequilíbrio contratual e o enriquecimento ilícito por uma das partes.

Desta forma, pode-se concluir que apesar de aplicação de forma distinta, a boa-fé objetiva e a função social do contrato não se colidem, ao revés, se completam, posto que ambas visam garantir a livre negociação dos particulares sem ofender aos interesses da sociedade e garantir uma autoproteção aos envolvidos no negócio jurídico, alcançando assim a ordem jurídica nos negócios jurídicos, seja interna ou externa, horizontal ou vertical.

5 A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E A “LIBERDADE DE CONTRATAR”

Na doutrina, há quem entenda que o princípio da função social do contrato possui dupla função, que terminam afetando a autonomia privada, sendo a função externa e interna.

A função social interna, também designada como função que produz efeitos inter partes, reflete a proteção do Estado contra o próprio indivíduo, ou seja, uma defesa contra seus atos, consoante se vislumbra a título de exemplo, no art. 157 do CC, em que uma pessoa sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.

Assim como na hipótese contida no art. 413 do CC, em que o juízo constata que penalidade prevista no instrumento contratual deve ser reduzida equitativamente pelo juiz, se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.

Apesar de parte da doutrina entender que a função social interna é inexistente, uma vez que a função social é um efeito externo, ou seja, não pode tutelar interesse individual, mas a coletividade. Nos filiamos a doutrina de Maria Helena Diniz, Paulo Nalin e Nelson Nery Jr., que reconhecem a sua existência, bem como o Enunciado 360 do Superior da Justiça Federal, que estabelece que “O princípio da função social dos contratos também pode ter eficácia interna entre as partes contratantes.”

A função externa ou transobjetiva do contrato incide quando há no contrato celebrado dano a terceiro ou a coletividade, ou seja, a intervenção do Estado visa proteger terceiros que não integram diretamente a relação contratual, mas que possam estar expostos a eventos adverso da relação contratual, consoante se vislumbra no enunciado 21 da CJF, *in verbis*:

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.

Para Humberto Theodoro *apud* Simão, os efeitos da função social do contrato externa induzem a nulidade da cláusula contratual, do contrato ou conversão em perdas e danos:

Se algum dano indevido a terceiro ou à coletividade for detectado, a autonomia contratual terá sido exercida de forma antijurídica. Não poderá o resultado danoso prevalecer. Ou o contrato será invalidado ou

o contratante nocivo responderá pela reparação dos prejuízos causados a terceiros. (SIMÃO, 2008, p. 17)

Tal situação é facilmente vislumbrada quando uma construtora que faz empréstimo perante um banco, e que por sua vez hipotecou as unidades imobiliária. Após a comercialização do imóvel e a quitação perante a construtora, o banco não liberou a hipoteca, tendo em vista que a construtora não pagou ao banco, contexto este que motivou a edição da sumula 308 do STJ, sob o prisma do dever de informação, garantindo assim a proteção de um terceiro estranho à relação contratual, verbis:

A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel.

Não obstante, a função social interna e externa, considerando o princípio da autonomia da vontade, deve ser mitigada, buscando assim evitar que a liberdade contratual seja exercida de forma a atingir uma coletividade. Tal fato ensejou por parte da doutrina a criação de dois subtipos da função social externa, sendo a função social de interesse metaindividual e a função social do terceiro ofensor.

A função social de interesse metaindividual, também denominada como interesse coletivo *lato sensu*, é dotada de efeito ultra partes, ou seja, visa atingir contratos que trazem em seu bojo uma danosidade social, como por exemplo um oligopólio, em que duas empresas firmam contrato visando dominar o mercado nacional sobre determinado produto. Frise-se que com base, apenas na visão legalista, não há qualquer norma que impeça a celebração do contrato.

Entretanto, a função social do contrato, bem como a Lei nº 12.529/11, impedem tal contrato, vez que não se pode admitir qualquer instrumento que possa ir de encontro aos bens jurídicos assegurados pela defesa da ordem econômica equânime, livre concorrência, bem como propiciem abuso do poder econômico, em razão do domínio de determinado mercado.

No que concerne a figura da função social do terceiro ofensor, grande parte da doutrina civilista remota ao contrato firmado por Zeca Pagodinho com a Nova Schin, que por sua vez fora rescindido com assinatura em sequência de um novo contrato de Zeca Pagodinho com a AMBEV, concorrente direta da Nova Schin.

No contexto apresentado, entende-se que a AMBEV teria aliciado Zeca Pagodinho, para que este rescindisse o contrato e firmasse contrato para ser garoto

propaganda da Brahma, ou seja, induz a figura do terceiro ofensor, aquele que contribui diretamente para o descumprimento de uma obrigação contratual do qual não participa.

Um dos argumentos apresentados pelos civilistas é o abuso do direito, de forma que o terceiro será responsabilizado, desde que demonstre o conhecimento da convenção entre as partes e a prática dos atos aliciadores, ao ponto de um dos contratantes incorrer em uma violação contratual.

Desta forma, por mais que o ofensor não tenha o *animus* de prejudicar o terceiro, mas tinha ciência das cláusulas contratuais, este último estará em desacordo com a função social da liberdade de contratar. Tal situação é vislumbrada no art. 608 do Código Civil, in verbis:

Art. 608. Aquele que aliciar pessoas obrigadas em contrato escrito a prestar serviço a outrem pagará a este a importância que ao prestador de serviço, pelo ajuste desfeito, houvesse de caber durante dois anos.

Sendo assim, por mais que vigore em nosso ordenamento jurídico a autonomia da vontade, o seu exercício é limitado à função social do contrato, seja na forma interna/intrínseca ou externa/extrínseca, resguardando ainda os interesses metaindividuais e do terceiro ofensor, que apesar de constituir uma liberdade de contratar, encontra óbice na liberdade contratual, uma vez que a função social deve ser atendida, pois a coletividade deve se sobrepor ao individual.

6 A ANÁLISE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

Apesar de ter sido amplamente discutido no presente trabalho a efetividade e conceituação da função social dos contratos, posto que esta ocupa junto com a boa-fé objetiva os pilares para evitar o abuso de direito nas relações contratuais, o Superior Tribunal de Justiça infelizmente não aprofundou a temática, na exata proporção da doutrina.

Passados mais de 19 (dezenove) anos da edição do Novo Código Civil e aproximadamente 2 (dois) anos da edição da Lei da Liberdade Econômica, o Superior Tribunal de justiça infelizmente não aprofundou na temática de função social do contrato quanto a doutrina, havendo apenas 23 (vinte e três) decisões de repercussão veiculadas em seus informativos, quais se passa a enfrentar as mais relevantes.

No informativo mais recente de nº 0672, publicado em 19 de junho de 2020, a Segunda Seção STJ, no bojo do REsp 1.804.965-SP, de Relatoria da Min. Nancy Andrighi, enfrentou matéria em demanda que envolvia Imóvel adquirido pelo Sistema Financeiro de Habitação – SFH, em que houve adesão ao seguro habitacional obrigatório, e após a extinção do contrato se constatou a existência de vícios estruturais no imóvel. Na oportunidade, firmou-se entendimento que à luz dos parâmetros da boa-fé objetiva e da função social do contrato, os vícios estruturais ocultos estão acobertados pelo seguro habitacional, cujos efeitos devem se prolongar no tempo, mesmo com a extinção do contrato.

Em 12 de abril de 2019, no bojo do informativo 0644, a terceira turma do STJ, nos autos do REsp 1.770.358-SE, igualmente de Relatoria da Ministra Nancy Andrighi, firmou entendimento de que em contrato de consórcio, o seguro prestamista contratado em razão do falecimento do consorciado, deve haver a liberação imediata da carta de crédito a beneficiária.

De acordo com o STJ, amparando-se na própria função social do contrato, em havendo seguro prestamista, estabelecendo a quitação em caso de falecimento, não haveria lógica em se exigir que o beneficiário aguarde a contemplação ou o encerramento do grupo para o recebimento da carta de crédito, uma vez que houve a liquidação antecipada da dívida pela seguradora.

No informativo nº 0637, publicado em 07 de dezembro de 2018, a Quarta Turma nos autos do REsp 1.450.434-SP, de Relatoria do Ministro Luís Felipe Salomão, ao enfrentar a temática de Responsabilidade civil e direito do consumidor, decorrente de um crime de roubo, com emprego de arma de fogo, que ocorreu em um *Drive-thru* de lanchonete, reconheceu a aplicabilidade da Sumula nº 130 do STJ, tendo em vista que a incidência dos princípios gerais da boa-fé objetiva e da função social do contrato induzem que o estabelecimento comercial é responsável pelo local de atendimento, assim como, tem o dever de proteger os clientes e seus bens, não podendo se furtar de tal responsabilidade.

A terceira turma, no bojo do REsp 1.525.109-SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, cuja temática integrou o informativo nº 0592, datado de 19 de outubro a 8 de novembro de 2016, enfrentou a temática da função social do contrato. In casu, um ex-empregado teria sido demitido, e para não ficar sem direito à utilização do plano de saúde coletivo empresarial, teria postulado a sua prorrogação, uma vez atendido à função social do contrato de plano de saúde.

Na oportunidade, firmou-se o entendimento que em casos deste jaez, na contratação de novo plano individual, ou familiar, ou coletivo por adesão, seja na mesma operadora seja em outra, não estaria sujeito ao período de carência.

Desta forma, verifica-se que apesar da doutrina estudar exaustivamente a matéria, o c. Superior Tribunal de Justiça não vem enfrentando a matéria na mesma proporção, havendo apenas 23 temáticas divulgadas em seus informativos, que são elaborados pela Secretaria de Jurisprudência do STJ e, destacam teses jurisprudenciais firmadas pelos órgãos julgadores do Tribunal nos acórdãos proferidos nas sessões de julgamento, pelo que a matéria ainda pende de grande avaliação pela corte superior.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar da função social do contrato surgir em nossa legislação apenas na Constituição Federal de 1988, a partir deste momento, os civilistas da época buscando dar efetividade à norma constitucional passaram a aprofundar a temática, no que veio a ser corporificada no Código Civil de 2002, que teve como coordenador o jurista Miguel Reale.

O art. 421 do CC positivou de forma expressa a função social do contrato, estabelecendo originariamente que a liberdade de contratar deveria atender a sua função social. Após duras críticas pelos doutrinadores, tal norma sofreu alteração, por meio Lei da Liberdade Econômica no ano de 2019, onde foram corrigidas algumas impropriedades no caput e adicionado um paragrafo único que instituiu dois princípios, a intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual.

Quanto à efetividade do princípio da função social do contrato, se estabeleceu que em qualquer instrumento contratual, não obstante a observação do *pacta sunt servanda*, deverá ser observada a função social do contrato na modalidade interna ou a função social externa, também denominada de transubjetiva, que ainda se divide em duas subjunções a metaindividual e a do terceiro opressor, havendo, portanto, uma mitigação no instituto da liberdade de contratar.

Por meio deste estudo, se estabeleceu que a boa-fé objetiva não se confunde com a função social do contrato, pois enquanto a primeira age no campo horizontal/endógena, visando regular a relação entre os contratantes, que devem agir com base no valor de eticidade, o segundo atua no campo vertical/exógena, atuando no campo da socialidade. Contudo, ambas devem agir em conjunto visando evitar o abuso do direito.

Ao final, se buscou dentre os informativos do STJ, os quais são elaborados pela Secretaria de Jurisprudência do STJ e, destacam teses jurisprudenciais firmadas pelos órgãos julgadores do Tribunal nos acórdãos proferidos nas sessões de julgamento, as temáticas sobre a função social do contrato e sua aplicabilidade no caso prático. Por meio de tal análise, se constatou que apesar da doutrina ter abordado o tema de forma exaustiva, a referida corte ainda não se debruçou a fundo no tema posto.

Neste prisma, entende-se que foi alcançada a proposta do presente estudo, com a apresentação do que vem a ser a função social do contrato e sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro, tanto no campo doutrinário quanto no Superior Tribunal de Justiça, órgão responsável pela correta interpretação dos dispositivos infraconstitucionais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 20 de junho de 2021

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 20 de junho de 2021

BRASIL. **Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019. Lei da Liberdade Econômica**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 20 de junho de 2021

BITTAR, C. A. **Curso de Direito Civil**, v. 1. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994,

DUARTE, R. P. **A cláusula geral da boa-fé no novo código Civil brasileiro: questões controvertidas**. São Paulo: Método, 2004

FIUZA, Cesar. **Direito Civil Completo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008

GOMES, Orlando. Apud FACCHINI NETO, Eugênio. **A função social do Direito Privado**. In: TIMM, Luciano Benetti & MACHADO, Rafael Bicca (Cord.). **Função social do direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto, **Direito Civil Brasileiro**, Vol. 3: Contratos e Atos Unilaterais, Editora Saraiva, 9ª Edição, 2012, São Paulo

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1986.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. v. 5. direito das obrigações, 2ª parte. São Paulo: Saraiva, 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, **Instituições de Direito Civil**, Vol 3 – Contratos: Declaração Unilateral de vontade; Responsabilidade civil, 12ª edição, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2006.

REALE, **Função social da propriedade**. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm>. Acesso em 29 de junho de 2021.

SIMÃO, José Fernando. **Direito civil: contratos**. 3 ed., São Paulo: Atlas, 2008

TARTUCE, Flavio. **Direito Civil**. v. 3. São Paulo: Método, 9ª edição, 2014.