

COORDENADORES
ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES
JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE
PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO
TERESA ARRUDA ALVIM

O NOVO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Temas relevantes – Estudos em homenagem
ao Professor, Jurista e Ministro LUIZ FUX

Volume I

GZ
EDITORA

Rio de Janeiro
2018

A interpretação dada pelo Tribunal Superior do Trabalho na aplicação do novo Código de Processo Civil ao processo do trabalho é acertada e deve ser seguida pelas demais instâncias do Poder Judiciário Trabalhista e não impugnada de institucional pela associação representativa dos magistrados.

Não há que se falar em inconstitucionalidade da instrução normativa pois esta não se caracteriza como ato normativo primário, mas apenas e tão somente secundário, em clara atividade interpretativa e orientadora, para tornar específico e concreto o que já está disposto na lei, o caráter subsidiário e supletivo do novo Código de Processo Civil na seara trabalhista.

Nesse sentido a edição da instrução normativa não se caracteriza por atividade legislativa por não configurar qualquer inovação no ordenamento jurídico. Não há, outrossim, qualquer violação à independência dos magistrados trabalhistas porque a instrução editada pelo TST não tem força vinculante, mas apenas e tão somente persuasiva ou argumentativa, diante de sua natureza de ato normativo secundário.

É importante registrar, por fim, que, caso o Tribunal Superior do Trabalho não editasse a instrução normativa, certamente haveria forte divergência na interpretação da lei processual, sem uniformidade na aplicação dos dispositivos do processo comum ao processo do trabalho, ensejando grande insegurança jurídica, risco à isonomia processual, além de um infundável número de recursos para a Corte Superior Trabalhista.

FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES E APLICAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO: APORTES DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Carlos Nelson Konder

Sumário: 1. Introdução. 2. O novo CPC e a exigência de fundamentação das decisões. 3. A contribuição da teoria da argumentação para a fundamentação das decisões. 4. A peculiaridade das estruturas normativas abertas e sua importância no direito contratual contemporâneo. 5. As decisões que aplicam a função social do contrato. 6. Conclusão. Referências.

Resumo: O artigo discute como a exigência de fundamentação das decisões judiciais, minuciosamente prevista pelo Código de Processo Civil de 2015, pode contribuir para uma aplicação mais clara e sistemática da figura introduzida pelo Código Civil de 2002 – a função social do contrato. O texto aborda como as dificuldades de fundamentação das decisões se agravam ante a utilização de conceitos indeterminados, cláusulas gerais e princípios, em razão de seu texto mais aberto, e como isso se agrava no caso da função social do contrato, em razão da controvérsia sobre o seu significado que precede a própria aprovação do texto legal. Por derradeiro, se defende que emerge das exigências da novel lei processual o recurso de justificar as decisões referindo a pontos normalmente aceitos em uma argumentação de questões positivas constitucionalmente, tais como os bens jurídicos referidos pelo constituinte aptos a dar conteúdo à função social do contrato, como educação, saúde, moradia e meio ambiente.

Palavras-chave: Fundamentação. Contrato. Função social do contrato.

1. Introdução

A Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, que instituiu o novo Código de Processo Civil brasileiro, criou novos marcos, dinâmicas e diretrizes, revigorando não só a legislação processual, mas todo o sistema legal pátrio. Cumpre conceber o ordenamento jurídico como uno e indivisível, como aponta o primeiro artigo do próprio diploma, ao determinar que o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme as normas e valores estabelecidos pela Constituição da República Federativa do Brasil.

Novas medidas como a diminuição do número de recursos e a quase unificação dos prazos processuais, a mudança na contagem de prazos, a simplificação da defesa do réu e a inserção de regras para o incidente de descon sideração de personalidade jurídica trouxeram renovadas possibilidades não apenas para o Direito Processual, mas para o ordenamento jurídico brasileiro como um todo. Aqui se optou por abordar uma mudança mais sutil e mais profunda que o novo Código trouxe para todos os ramos do Direito: a fundamentação das decisões. Não só a necessária fundamentação das decisões judiciais, mas principalmente a determinação prevista no § 1º do art. 489

do Código de Processo Civil, que trata de “quando uma decisão judicial não é considerada fundamentada”. O inciso segundo do citado parágrafo traz uma regra ainda mais profunda, vez que não se considera motivada a decisão que “empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto da sua incidência no caso”.

Em especial, merece atenção cuidadosa do intérprete a forma como o novo Código guiou a fundamentação das decisões que se baseiam em cláusulas gerais, conceitos indeterminados e princípios. Respondendo a um anseio geral, o legislador buscou conduzir a argumentação dos magistrados de forma mais precisa no que tange à utilização dessas figuras normativas que, se não são novas, ganharam protagonismo nunca visto até então, e, com isso, ainda podem ser objeto de invocação de forma inapropriada com as exigências de democraticidade e segurança jurídica afetadas ao nosso Estado de Direito.

Nesse texto, a análise se detém sobre as decisões que invocam o mais controverso conceito indeterminado do direito contratual: a função social do contrato. Buscar-se-á observar as dificuldades sofridas na implementação de uma eficácia real e autônoma dessa disposição e como as instruções oferecidas pelo CPC/2015 podem colaborar nesse processo.

2. O novo CPC e a exigência de fundamentação das decisões

Uma das principais marcas metodológicas impressas na elaboração do novo Código de Processo Civil de 2015 é a chamada constitucionalização dos vários ramos do Direito. A consciência de que a supremacia normativa da Constituição e a unidade do ordenamento não se constituem apenas sob a perspectiva formal, mas exigem também um esforço hermenêutico para imantar as diversas normas do sistema com os mesmos preceitos fundamentais, implica a releitura dos diversos setores do ordenamento à luz dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais.

No âmbito do Direito Processual, isso foi referido como “neoprocessualismo”, o qual, nos termos de ANDRÉ VASCONCELOS ROQUE, configura verdadeira simbiose com o neoinstitucionalismo, retirando dele suas premissas e oferecendo, em troca, a contenção do arbítrio judicial, a qual se viabiliza, especialmente, pelo dever de motivação das decisões, que oferece não apenas meios para as partes recorrerem, mas para que a própria sociedade possa controlar a atuação dos juizes¹. De fato, o novo diploma processual foi produzido como fruto de uma democracia deliberativa que reconhece como legítimo apenas o domínio da razão, onde, nas palavras de LUIZ FUX, os anseios se manifestam “em uma arena onde o único duelo esperado é o da argumentação”².

1 ROQUE, André Vasconcelos. Dever de motivação das decisões judiciais e controle da jurisprudência no novo CPC. In: FREIRE, Alexandre et alii (Orgs.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto de novo código de processo civil*. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 249/250.

2 FUX, Luiz. Prefácio. In: FREIRE, Alexandre et alii (Orgs.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto de novo código de processo civil*. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 9.

Trata-se da superação da miopia de uma visão que, excessivamente centrada na celeridade processual, tornou-se contraproducente, já que as decisões proferidas sem o devido cuidado, para atender às estatísticas, acabavam por ser anuladas em grau de recurso, ao final retardando ainda mais o tempo do processo. À exigência de uma duração razoável do processo somou-se a maior atenção ao seu desenrolar cuidadoso, sob a crença de que “com decisões mais bem fundamentadas, após uma cognição mais bem preparada [...], confia-se na diminuição das enormes taxas de reforma, fruto do atual debate superficial”³.

A partir do clássico pioneiro de MICHELE TARUFFO⁴, os estudos processuais sobre a fundamentação das decisões judiciais deixaram o exame puramente exegético-normativo, inspirado no modelo silogístico, para aportar as contribuições de autores como ESSER e HART também à valoração de provas e análise de fatos, realçando a necessidade de completude da motivação. Nessa linha, determina o art. 489 do novo CPC:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I – o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a summa do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III – o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º 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;

III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

O dispositivo encontra seu fundamento no art. 93, IX, da Constituição, que determina que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos,

3 THEODORO JR., Humberto et alii. *Novo CPC – fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. posição 842-844.

4 TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, *passim*.

e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]”. No entanto, a exigência constitucional era, até então, cumprida apenas formalmente, sem observância do conteúdo material que deveria revestir uma fundamentação democrática. Forte crítica se estabeleceu contra a tendência, em decisões, de fundamentar a utilização de princípios de forma silogística, como se fossem regras, invocando-os como argumentos de autoridade, sem a devida argumentação. Trata-se do que já foi chamado de “carnavalização do direito”⁵, “pan-principialismo”⁶, “pós-positivismo à brasileira”⁷, “euforia principiológica”⁸ e “decisionismo judicial”⁹, que seria, de maneira geral, a prática de invocar princípios de conteúdo aberto para decidir, mas sem qualquer exposição analítica sobre o significado do enunciado normativo e sua aplicação ao caso concreto, utilizando-os nos moldes subsuntivos normalmente usados para a aplicação de regras. Essa prática viabiliza que o magistrado resolva o conflito principiológico exclusivamente a partir de sua consciência, servindo a invocação do princípio apenas para referendá-lo, sem explicitar o passo a passo da decisão.¹⁰

Contra isso, afirma-se a nulidade da decisão que se socorrer dessas estruturas normativas “sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso”, que “invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão”, ou que lidar com um conflito entre princípios sem “justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”. O dispositivo dirige-se, assim, a um “definitivo abandono do formalismo ingênuo e redutor do sistema anterior”, contraindo como instrumento para a consolidação de uma jurisdição mais adequada às exigências democráticas da Constituição de 1988¹¹. Serve a colir também a prática recorrente de utilização da mesma fundamentação para diversos casos distintos, na

medida em que torna “nula a decisão que possua fundamentação genérica, compreendida esta como aquela que poderia ser utilizada para qualquer caso abstratamente”¹².

3. A contribuição da teoria da argumentação para a fundamentação das decisões

A exigência processual de motivação, de base constitucional, é enriquecida pelo aporte científico, trazido nas últimas décadas, pela chamada teoria da argumentação. Construiu-se ali a possibilidade de legitimação científica de decisões guiadas pelo esforço de persuasão e convencimento, bem como pautadas pela busca do razoável e do adequado¹³. Os trabalhos de autores como PERELMAN e ALEXI contribuíram para desconstruir o entendimento de que somente o raciocínio pautado pela lógica formal da matemática seria dotado de cientificidade e, portanto, a argumentação jurídica estava fadada ao decisionismo próprio de um ato de vontade. PERELMAN supera a premissa, baseada no modelo cartesiano de ciência, de que a racionalidade está restrita ao raciocínio *more geométrico* e à técnica da demonstração pela evidência, verificando que os recursos discursivos desenvolvidos para provocar o assentimento e a adesão de um auditório são reflexos de que o poder de deliberar e argumentar também é guiado por uma racionalidade própria¹⁴. ALEXI indica que esse modo de pensar, orientado por valores e cuja lógica não é de tipo formal, também é pautado por uma racionalidade e pode igualmente ser objeto de análise científica, que se vincula a uma pretensão de correção¹⁵.

É possível, assim, exigir que a fundamentação das decisões seja dirigida pelo postulado da razoabilidade¹⁶, construído com base em um discurso não apenas de

5 SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *A constitucionalização do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 113/148.

6 STRECK, Lenio Luiz. O pan-principiolismo e o sorriso do lagarto. *Revista Direito Unifacs – Debate Virtual*, n. 144, Florianópolis, jun. 2012.

7 OLIVEIRA, Leandro Corrêa de; SILVA FILHO, Edson Vieira da. A decisão jurídica entre o dever de fundamentação e a relativização dos discursos adjudicadores. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 95. São Paulo, abr.-jul. 2016.

8 MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Interpretação da boa-fé nos contratos brasileiros: os princípios jurídicos em uma abordagem relacional (contra a euforia principiológica). In: MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Org.). *Direito e Interpretação: racionalidades e instituições*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1, p. 307/337.

9 SCALABRIN, Felipe; SANTANNA, Gustavo. A legitimação pela fundamentação: anotação ao art. 489, § 1º e § 2º, do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, v. 255, São Paulo, mai. 2016.

10 THEODORO JR., Humberto *et alii*. *Novo CPC – fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, posição 967-970.

11 MELLO, Cláudio Ari. Interpretação jurídica e dever de fundamentação das decisões judiciais no novo código de processo civil. *Revista de Processo*, v. 255, São Paulo, mai. 2016.

12 OLIVEIRA, Leandro Corrêa de e SILVA FILHO, Edson Vieira da. A decisão jurídica entre o dever de fundamentação e a relativização dos discursos adjudicadores. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 95. São Paulo, abr./jul. 2016

13 CAMARGO, Margarida Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do Direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 137.

14 PERELMAN, Chaïm, e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação – a nova retórica*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 1.

15 ALEXI, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005. p. 212.

16 Dentre a vasta produção científica que recebeu nos últimos anos, destaca-se Humberto Ávila, para quem o postulado da razoabilidade se manifesta sob três acepções: “Primeiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto, quer mostrando sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada, quer indicando em quais hipóteses o caso individual, em virtude de suas especificidades, deixa de se enquadrar na norma geral. Segundo, a razoabilidade é empregada como diretriz que exige uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência, seja reclamando a existência de um suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico, seja demandando uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir. Terceiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação de equivalência entre duas grandezas” (Teoria dos princípios. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 139).

justificação, mas também de adequação das normas, que fundamenta a preferência pelo princípio aplicável ao caso concreto, e que assim viabiliza a aceitação racional das decisões judiciais com base na qualidade dos argumentos levantados, cuja verificação permite que o processo argumentativo seja concluído quando, desse todo coerente, resultar um acordo racionalmente motivado¹⁷.

As escolhas do intérprete devem ser assumidas expressamente, não como forma a libertá-lo do direito institucionalizado, mas exatamente para permitir o debate argumentativo acerca da sua adequação ao ordenamento: trata-se da responsabilidade do intérprete¹⁸. Por meio da fundamentação se verificam os argumentos que levaram o intérprete a escolher, é nela que encontramos os parâmetros para compreender a decisão¹⁹. Pela fundamentação verifica-se se os elementos extrajurídicos foram absorvidos por meio de elementos normativos, se os valores referidos são sociais e culturais, e não pessoais: viabiliza-se em última instância um controle final sobre os argumentos adotados²⁰. Isto significa que a derrubada do limite externo, formal, que restringia o intérprete — o dogma da subsunção — não importa a consagração do arbítrio, mas sim a imposição de um limite interno, metodológico: a exigência de fundamentação das decisões judiciais. A ampliação da área de liberdade conferida aos magistrados, em comparação com a tradição de nossa história jurídica, impõe uma atenção maior às justificativas invocadas para essas decisões²¹. Nesta linha, ainda que os magistrados tomem decisões partindo de visões pessoais ou mesmo preconceitos e depois busquem as premissas para fundamentá-las, isso não significa descartar a importância e a necessidade da fundamentação²².

4. A peculiaridade das estruturas normativas abertas e sua importância no direito contratual contemporâneo

O desafio relativo à fundamentação das decisões — e importância da atenção a este ponto — é ainda maior quando se trata de decisões que aplicam conceitos indeterminados, cláusulas gerais e princípios. Foi a proliferação desse tipo de estrutura normativa, associada à mudança na própria metodologia hermenêutica dominante, que produziu — ou deveria produzir — impacto sobre o processo de fundamentação

das decisões. Essas estruturas normativas acabam por contribuir para a exigência de

modificação da forma de fundamentação das decisões, pois impõem um ônus argumentativo diferenciado ao intérprete. A técnica regulamentar, que se opõe a essas estruturas normativas, contribui para viabilizar formalmente a fundamentação das decisões sob o modelo da subsunção, em que a decisão se extrai de um suposto silogismo lógico formal, como uma escolha necessária e neutra. Já os conceitos indeterminados, as cláusulas gerais e os princípios, ao abrirem explicitamente a liberdade de decisão do intérprete para a pluralidade e imprevisibilidade dos casos concretos, esvaziam a possibilidade de mascarar as escolhas valorativas do intérprete, inafastáveis do processo decisório, sob a máscara do raciocínio subsuntivo. Tais escolhas passam a dever ser explicitadas, de maneira a poderem ser submetidas ao crivo crítico dos demais.

Reputada uma das marcas da transformação do direito ao longo do século XX, percebe-se claramente no âmbito do Direito Contratual brasileiro o recurso cada vez maior a essas estruturas normativas que reconhecidamente atribuem — ou reconhecem — ao intérprete um poder maior de “concreção”²³. Diante da insuficiência do modelo subsuntivo e a inexorável liberdade do intérprete na construção da norma, o próprio legislador contribui oferecendo enunciados normativos mais abertos e flexíveis para viabilizar não apenas a adaptação da norma à imprevisibilidade da vida, mas o próprio preenchimento valorativo à luz do influxo de normas superiores em diálogo com as circunstâncias do caso concreto.

Adotando a taxonomia de ENGISCH²⁴, fala-se de conceitos jurídicos indeterminados, cláusulas gerais e princípios. No âmbito do Direito Contratual brasileiro, percebe-se que o legislador de 2002, nas parcas alterações que fez comparativamente ao Código Civil de 1916, intensificou o uso de conceitos indeterminados, que, a despeito de um núcleo duro, trazem um halo conceitual difuso, que lhes traz a marca característica de conteúdo e extensão em larga medida incertos²⁵. Assim, por exemplo, a irrenunciabilidade, em contratos de adesão, a “direito resultante da natureza do negócio” (CC, art. 422), a modificação da contagem de prazo para redibição quando “o vício, por sua natureza, só puder ser conhecido mais tarde” (CC, art. 445, § 1º), o prazo para a rescisão do contrato proporcional aos “investimentos consideráveis para sua execução” (CC, art. 473, parágrafo único), ou ainda a resolução do contrato quando sua execução “se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis” (CC, art. 478).

No entanto, para além de um aumento de termos de maior vagueza semântica, reconhece-se na legislação contratual contemporânea o recurso expresso à técnica legislativa das cláusulas gerais, as quais, contrapondo-se à elaboração casuística das

17 HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Cambridge: MIT Press, 1998, *passim*.

18 PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 96.

19 SCHLESINGER, Piero. *Interpretazione della legge civile e prassi delle corti*. *Rivista di diritto civile*, ano XLVII, parte prima. Padova, 2002, p. 540/541.

20 GUASTINI, Riccardo. *L'interpretazione dei documenti normativi*. Milano: Giuffrè, 2004, p. 113.

21 MALA, Antônio Cavalcanti. *Notas sobre direito e argumentação*. In: CAMARGO, Margarida Lacombe (Org.). 1988-1998: uma década de constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 413.

22 ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. 3. ed. São Paulo: Landy, 2006, p. 23.

23 A expressão é de ENGISCH, Karl. *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales*. Pamplona: Universidad de Navarra, 1968, *passim*.

24 ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 205 e ss.

25 *Ibid.*, p. 208.

hipóteses legais, que circunscreve particulares grupos na sua especificidade própria (*fatispecie*), abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos, em termos de grande generalidade²⁶. Estas disposições normativas utilizam intencionalmente uma linguagem aberta e fluida com o objetivo de conferir ao juiz “um mandato (ou competência) para que, à vista dos casos concretos, crie, complementemente, ou desenvolva normas jurídicas”²⁷.

Louvada como uma das grandes inovações do projeto²⁸, no âmbito específico do Direito Contratual são destacadas a determinação de que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato” (CC, art. 421) e que, “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé” (CC, art. 422). As espécies em questão não são excludentes, já que, como se pode observar, muitas dessas cláusulas gerais são construídas com recurso a conceitos indeterminados e, ainda, muitas delas servem a veicular também princípios jurídicos²⁹. A importância dessas estruturas, cuja força normativa passa a ser reconhecida, impõe ao intérprete um ônus argumentativo maior na solução dos conflitos que travam entre si, já que veiculam valores reputados solidários, sociais, sem, contudo, o afastamento definitivo de estruturas normativas que ainda respondem a valores liberais, cumprindo ao intérprete, na análise do caso concreto, indicar qual deles deve prevalecer. Assim, a ampliação da invocação dos conceitos indeterminados, das cláusulas gerais e dos princípios conduz a um contexto no qual se destaca o papel da fundamentação argumentativa das decisões judiciais no âmbito do Direito Contratual.

5. As decisões que aplicam a função social do contrato

A função social do contrato não se beneficiou da longa trajetória histórica de que desfrutou a função social da propriedade, tampouco de uma referência expressa no texto constitucional, com a indicação de parâmetros para sua aplicação. Nenhuma Constituição brasileira fez expressa referência à função social do contrato, nem a de 1988, tampouco estabeleceu critérios de efetivação. Mesmo em doutrina, até o advento do Código de 2002, eram raríssimas as reflexões no âmbito do Direito a respeito da função social do contrato³⁰. Isso ajuda a explicar a resistência à sua positivação. Na primeira versão do anteprojeto de Código Civil, o dispositivo que viria a se tornar o art. 421 enunciava que “a liberdade de contratar somente será exercida em razão e nos

limites da função social do contrato”. A inclusão do vocábulo “somente” foi muito criticada, pois se temia que fizesse com que o enunciado fosse interpretado de forma a exigir que a única função que o contrato pudesse ter fosse a social, em oposição à função que ele teria apenas para as partes³¹. Assim, receava-se que as partes pudessem ficar adstritas a abdicar de seus próprios interesses para, ao contratar, servir somente à coletividade. As críticas à redação inicial fizeram com que o termo “somente” fosse suprimido e o dispositivo ganhasse a redação com que foi promulgado: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. No entanto, o receio quanto às potencialidades do dispositivo persistiram, agora com relação à expressão “em razão de”: a liberdade de contratar deve ser exercida *em razão de* sua função social. Este movimento de reticência ao dispositivo, que se poderia chamar “antifuncionalista”, afirmava que a função social só poderia servir como *limite*, mas não se poderia exigir que ela fosse *razão* da tutela do contrato.

Isso desenhou um cenário no qual não são incommuns decisões que invocam a função social do contrato exclusivamente como reforço argumentativo, sem qualquer indicação de sua eficácia normativa específica. O receio que se colocou quanto à função social do contrato, em virtude da ausência de uma evolução histórica do conceito e, principalmente, na falta de balizas do constituinte e do legislador acerca de sua aplicação, foi a ameaça de certo autoritarismo judicial, de invasão estatal das relações intersubjetivas, por meio de um mecanismo de controle da autonomia. Era necessário evitar que a abertura da cláusula geral do art. 421 não implicasse uma fórmula vazia que franqueia tal julgamento ao mero arbítrio do juiz, de maneira que, com base na função social do contrato, “a ingerência do Poder Judiciário só resta autorizada em hipóteses excepcionais”³².

Assim, afirma-se que, buscando a compatibilização entre os interesses econômicos das partes e os interesses sociais, a “tendência hodierna em reconhecer a função social do contrato não implica em [sic] socialização das relações jurídicas” e que objetivava precipuamente “a promoção de maior justiça nas trocas econômicas, sem descuidar, todavia, da segurança jurídica, decorrente da observância do *pacta sunt servanda*”³³. São exemplificativas dessa orientação decisões que suprimem, por violação à função social do contrato condições de reajuste que oneram excessivamente o consumidor³⁴,

26 *Ibid.*, p. 228.

27 MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 303.

28 REALE, Miguel. Visão geral do projeto de código civil. Disponível em: <http://goo.gl/tNxAaW>. Acesso em: 09 Jul. 2016.

29 MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 323.

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

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

32 TJ-DF, 1ª T. Cível, Ap. Cível 20020111044353, Rel. Flavio Rostriola, j. 11/06/2008, DJU 14/07/2008.

33 TJ-RS, 8ª C.C., Ap. Cível nº 70017926536, Rel. Pedro Celso Dal Pra, j. 15/02/2007. Indicam que este tipo de referência à função social do contrato antecede a expressa previsão do Código Civil de 2002 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da e PEREIRA, Daniel Queiroz. Função social no direito privado e constituição. In: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (Coord.). Função social no direito civil. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 79/80.

34 TJ-RS, 5ª C.C., Ap. Cível nº 70025660218, Rel. Romeu Marques Ribeiro Filho, j. 15/10/2008.

cláusulas impeditivas de restituição do valor pago³⁵, negativa de renovação automática de contrato mantido por mais de dez anos³⁶, multa excessiva em relação de consumo que afronta os dispositivos consumeristas³⁷, dispositivo proibitivo de purgação da mora pelo devedor³⁸, cláusula abusiva de renúncia à indenização das benfeitorias³⁹, desligamento compulsório de empreendimento cooperativo⁴⁰. Na mesma linha, a possibilidade de revisão judicial dos termos do contrato, quando desequilibrados, encontrou amparo reiteradamente na exigência de atendimento à sua função social⁴¹.

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

Por isso se afirma que essa postura interpretativa frente à função social do contrato é, na verdade, uma resistência à sua própria existência, uma vez que a leva a não ter qualquer relevância normativa, privando-a de qualquer conteúdo autônomo e de qualquer efeito prático. A melhor doutrina alerta que isso produz uma invocação banal e sem conteúdo da função social do contrato, que serve apenas a esvaziar suas potencialidades, em vez de auxiliar na individualização da sua eficácia jurídica própria⁴².

35 TJ-RS, 9ª C.C., Ap. Cível nº 70025542754, Rel. Léo Romi Pila Junior, j. 08/10/2008.

36 TJ-RS, 2ª T.R.C., Recurso Cível nº 71001565050, Rel. Afif Jorge Simões Neto, j. 10/09/2008.

37 TJ-RS, 2ª T.R.C., Recurso Cível nº 71000693143, Rel.ª Mylene Maria Michel, j. 17/05/2006.

38 TJ-RJ, 2ª C.C., Ag. Instr. 2008.002.33382, Rel. Des. Paulo Sergio Prestes, j. 13/10/2008; TJ-RJ, 15ª C.C., Ag. Instr. 2008.002.15589, Rel. Des. Jose Carlos Paes, j. 28/05/2008.

39 TJ-SP, 4ª C.D.P., Ap. com revisão nº 1613954100, Rel. Maria da Cunha, 28/11/2005.

40 TJ-DF, 3ª T.C., APC 20060110408947, Rel. Humberto Adjufo Uihóa, j. 12/03/2008 DJU 03/04/2008.

41 TJ-RJ, 16ª C.C., Ap. 2008.001.49662, Rel. Des. Marco Aurelio Bezerra de Melo, j. 14/10/2008; TJ-MG, proc. nº 1.0701.06.170086-3/001(1), Rel. Valdez Leite Machado, j. 24/07/2008, 20/08/2008; TJ-SP, 14ª C.D.P., Ap. nº 1311473700, Rel.ª Ligia Araújo Bisogni, j. 27/09/2008, 24/10/2008; TJ-RS, 14ª C.C., Ap. Cível nº 70025542754, Rel. Dorval Bráulio Marques, j. 14/08/2008.

42 RENTERÍA, Pablo. Considerações acerca do atual debate sobre o princípio da função social do contrato. In: MORAES, M. C. B. de. *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 287/288. Por isso, diversos autores preferem reservar estes efeitos aos princípios da boa-fé e do equilíbrio econômico, atribuindo à função social somente a chamada eficácia externa: THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 31. SILVA, Luis Renato Ferreira da. *A função social do contrato no novo código civil e sua conexão com a solidariedade social*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo código civil e a constituição*.

Como explica GUSTAVO TEPEDINO:

A primeira delas [corrente] sustenta que a função social do contrato não é dotada de eficácia jurídica autônoma, sendo uma espécie de orientação de política legislativa constitucional, que revela sua importância e eficácia não em si mesma mas em diversos institutos que, como expressão da função social, autorizam ou justificam soluções normativas específicas, tais como a resolução por excessiva onerosidade (CC, art. 478), a lesão (CC, art. 157), a conversão do negócio jurídico (CC, art. 170), a simulação como causa de nulidade (CC, art. 167), e assim por diante. [...] tal posição acaba por esvaziar a importância da função social, vez que esta se expressaria por meio de institutos já positivados, presentes de forma difusa no ordenamento, prescindindo, por isso mesmo, de eficácia jurídica autônoma⁴³.

A funcionalização dos institutos conduz ao entendimento de que a autonomia privada, em especial a liberdade de contratar, nunca é um valor em si, ela só será protegida enquanto corresponder a um interesse digno de tutela pelo ordenamento⁴⁴. Assim, enquanto no modelo liberal clássico a intervenção legislativa seria entendida como um obstáculo ou restrição à autonomia privada, hoje se reconhece que, em sociedades desiguais, é a atuação do legislador e do Poder Público que garantem a efetiva liberdade da pessoa humana. É na expressão dessas condições e requisitos para a tutela jurídica da atividade negocial, na concretização destes limites – mais internos do que externos – sobre o poder normatizador do particular, que se deve encontrar o locus de atuação da função social do contrato.

Afirma-se, assim, que a função social do contrato implica o condicionamento da tutela da liberdade de contratar a interesses da coletividade. Trata-se da proibição de contratos que repercutam negativamente sobre a comunidade e da conservação ou tratamento diferenciado de contratos que repercutam positivamente junto à sociedade. Nesta terceira série de efeitos, já se enfatiza mais o caráter “social” da função que guia a normatização do contrato. A função do contrato tem que estar de acordo com certos interesses que são independentes das partes, afirmando-se assim que “a liberdade de contratar está limitada não só pela supremacia da ordem pública, mas também pela função social do contrato, que o condiciona ao atendimento do bem comum e dos fins sociais”⁴⁵.

A indicação desses interesses sociais ou coletivos, contudo, não fica ao alvedrio do intérprete, que poderia impor um descabido viés assistencialista à atividade contratual,

Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003, p. 127/150; SILVA, Jorge Casa Ferreira da. *Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil*. In: Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). *O novo código civil e a constituição*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003. p. 99/126.

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

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

45 TJ-SP, 11ª C.D.Publ., proc. nº 7248535000, Rel. Francisco Vicente Rossi, publ. 23/10/2008.

mascardo por uma fundamentação argumentativa obscura. Não são quaisquer interesses do grupo que devem ser atendidos, mas aqueles interesses positivados como mercedores de tutela⁴⁶. O regulamento negocialmente estabelecido deve ser condizente com certos valores reputados socialmente relevantes, quais sejam, aqueles que se encontram positivados no ordenamento por meio dos princípios constitucionais⁴⁷. Nesse sentido, tal como ocorre quanto às diversas formas de propriedade, também para as diversas formas de contrato podem ser encontrados, no texto constitucional, os fins que devem ser alcançados para o merecimento de tutela, tais como a valorização do trabalho humano, a livre-iniciativa, a dignidade humana, a justiça social, a soberania nacional, a livre concorrência, a defesa do consumidor, a proteção ao meio ambiente, o pleno emprego, a proteção das microempresas etc.⁴⁸.

Eventualmente, isto pode significar proteger uma das partes também, por exemplo, quando o contrato se contrapõe à dignidade humana, pode ser a dignidade de uma das partes que esteja sendo lesada e que vai ser protegida pela extinção do contrato⁴⁹. Mas nestes casos o interesse tutelado é coletivo porque vai além do interesse das partes, podendo, em certos casos, até mesmo se contrapor à vontade de ambos os contratantes. Assim, a violação da função social do contrato ocorreria na hipótese de restarem atingidos pelos efeitos do contrato interesses metaindividuais juridicamente relevantes, como se destaca também na jurisprudência:

Não ofende o princípio da função social do contrato a cláusula que prevê o pagamento de multa caso o contratante empregue um dos ex-funcionários ou representantes da contratada durante a vigência do acordo ou após decorridos 120 (cento e vinte) dias de sua extinção, porquanto não existe proibição a tal contratação, encontrando-se ausente qualquer interesse metaindividual, seja coletivo ou difuso⁵⁰.

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

47 LOBO, Paulo Luiz Netto. Princípios sociais dos contratos no código de defesa do consumidor e no novo código civil. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 42, São Paulo, p. 191.

48 Incluem-se ainda nesta lista "o respeito à cultura, ao desenvolvimento do ensino científico e do desporto, além do meio ambiente" (GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; CIDAD, Felipe Germano Cacicedo. Função social no direito privado e constituição. In: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (Coord.). Função social no direito civil. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 32, para quem "o intérprete, ao realizar sua atividade de concretizar cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, deve considerar os direitos fundamentais previstos no texto constitucional sem que, por isso, o litígio deixe de ser de natureza intersubjetiva (privada), mesmo que informado pelos valores e princípios constitucionais").

49 Assim, GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; CIDAD, Felipe Germano Cacicedo. Função social no direito privado e constituição. In: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (Coord.). Função social no direito civil. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 32, para quem "o intérprete, ao realizar sua atividade de concretizar cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, deve considerar os direitos fundamentais previstos no texto constitucional sem que, por isso, o litígio deixe de ser de natureza intersubjetiva (privada), mesmo que informado pelos valores e princípios constitucionais".
TJ-Df, 4ª T. C., proc. 20070111078052, Rel.ª Maria Beatriz Parilha, j. 02/07/2008, publ. 08/09/2008.

A consequência da proteção aos interesses da coletividade pode ser não apenas a privação de efeitos dos negócios que afrontam tais interesses, mas também a conversão ou o tratamento jurídico diferenciado de um contrato que tenha grande repercussão no atendimento de um interesse socialmente relevante. Na jurisprudência, podem ser identificadas decisões que, seguindo esta linha, invocam a função social do contrato para conferir tratamento jurídico diferenciado aos chamados "contratos de gaveta" no âmbito do Sistema Financeiro Habitacional (SFH) de modo a assegurar o acesso popular à moradia⁵¹, para interpretar ampliativamente a cobertura do contrato de seguro-saúde de modo a assegurar o direito à saúde⁵², para determinar o parcelamento de débito de usuário de serviço de fornecimento de eletricidade evitando, assim, que ocorra a sua interrupção, em nome da proteção à dignidade humana⁵³, ou para condenar o fiador a manter-se garantidor da locação na prorrogação automática do contrato por seu afastamento, genericamente, "ofender interesses sociais previstos na Constituição"⁵⁴.

É importante destacar que nesta esfera de efeitos já se ressalta a relevância da função específica daquele contrato para determinar sua compatibilidade com a função social que lhe garante juridicidade⁵⁵. Os efeitos aqui cominados, seja no tocante à privação de eficácia por incompatibilidade com interesses metaindividuais, seja no tocante ao tratamento diferenciado por atendimento àqueles interesses, só são determinados em virtude da comparação da finalidade daquele contrato individualizado com relação aos interesses coletivos⁵⁶.

Em doutrina se indica o tratamento especial dado pela lei à assunção de débito hipotecário⁵⁷, com consentimento presumido em razão da relevância social deste

51 STJ, 3ª T., Resp 811.670, Rel.ª Min.ª Nancy Andrighi, j. 16/11/2006, DJ 04/12/2006; TJ-RS, 9ª C.C., Ap. Cível nº 70022284731, Rel. Odone Sanguiné, j. 16/04/2008; TJ-SP, 9ª C.D.P., Ag. Instr. 5245314900, Rel. Grava Brazil, j. 25/09/2007, publ. 17/10/2007. No caso específico de atribuição de legitimidade para a cessantia do financiamento, STJ, 1ª T., Resp 627.424, Rel. Min. Luiz Fux, j. 06/03/2007, DJ 28/05/2007.

52 TJ-RS, 5ª C.C., Ap. Cível nº 70026788521, Rel. Jorge Luiz Lopes do Canto, j. 15/10/2008; TJ-RS, 5ª C.C., Ag. Instr. nº 70026516435, Rel. Jorge Luiz Lopes do Canto, j. 15/10/2008; TJ-RJ, 15ª C.C., Ap. Cível. 2008.001.42010, Rel. Heida Lima Meireles, j. 01/07/2008; TJ-SP, 4ª T.C., Recurso Inominado 11449, Rel.ª Maria do Carmo Honorio, j. 08/07/2008, publ. 23/10/2008; TJ-Df, 1ª T. C., Ag. Instr. 20080020101970, Rel. Natanael Caetano, j. 24/09/2008, publ. 29/09/2008.

53 TJ-RJ, 2ª C.C., Ap. Cível. 2008.001.47220, Rel. Carlos Eduardo Passos, j. 10/09/2008.

54 STJ, 3ª S., EDCI nos ERESP 791.077, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 23/04/2008, DJ 21/08/2008.

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

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

57 CAVALLERI FILHO, Sérgio. O novo código civil e o código do consumidor: convergências ou antinômias. *Revista da Emerj*, v. 5, n. 20, Rio de Janeiro, 2002, p. 110.

tipo de dívida e o direito de preferência nos contratos agrários⁵⁸. Na jurisprudência, por exemplo, na análise do merecimento de tutela da cláusula penal de um contrato de prestação de serviços, a fundamentação se diferencia na medida em que se trata da prestação de serviço educacional e, em virtude desta especificidade, a "limitação da multa moratória incidente sobre mensalidades escolares determinada na origem encontra amparo na função social do contrato"⁵⁹. Na mesma linha, a ruptura de um contrato de seguro é reputada especialmente injustificada por tratar-se o segurado de pessoa idosa⁶⁰.

Mesmo hipóteses que se poderiam considerar enquadradas na esfera de efeitos de mera tutela de interesse das partes encontram justificativa em interesses coletivos na medida em que a razão da intervenção reequilibradora passa a ser uma especificidade funcional do contrato em exame. Por exemplo, a cláusula resolutiva que priva o devedor do direito a purgar a mora, é especialmente abusiva por se tratar de um contrato de financiamento habitacional: "isto porque o contrato, na modalidade apontada, contempla manifesto interesse social – obtenção de moradia"⁶¹.

Dessa forma, observa-se que a função social do contrato, de forma análoga à função social da propriedade, como um postulado metodológico-hermenêutico que leva o intérprete a submeter a tutela do direito individual ao atendimento de interesses coletivos. No entanto, a adequada fundamentação da decisão que a aplica deve explicitar interesses coletivos, envolvidos no caso concreto, que tenham sido positivados juridicamente, sob pena de recair em uma referência genérica, que mascare as escolhas pessoais do intérprete, e que acaba por ressuscitar o receio de que a função social do contrato sirva de instrumento de autoritarismo, ou mesmo totalitarismo, judicial.

6. Conclusão

O panorama apresentado serve a destacar a relevância dos parâmetros indicados no art. 489 do CPC/2015 referentes à fundamentação das decisões para a aplicação de princípios pelo Judiciário, em especial quanto à aplicação da função social do contrato como fundamento para a solução de litígios no âmbito do Direito Contratual.

A função social do contrato foi acenada como grande inovação do Código Civil de 2002, que pioneiramente a previu expressamente como condição de tutela da liberdade de contratar. No entanto, a enorme resistência às suas possibilidades hermenêuticas, que poderiam levar a um autoritarismo judicial, conduziu à sua invocação genérica em muitas decisões, sem lhe reconhecer conteúdo autônomo ou indicar seus efeitos jurídicos específicos.

Acredita-se que os parâmetros de fundamentação judicial adequada impostos pelo CPC/2015 podem contribuir para que a invocação da boa-fé e da função social do contrato incorporem critérios e elementos que, como *topoi* argumentativos, facilitam a que o intérprete se desincumba do ônus argumentativo adequadamente, oferecendo decisões mais democráticas e previsíveis.

Nesse sentido, quanto à função social do contrato, na invocação de interesses coletivos ou metaindividuais que interferem com a tutela da liberdade contratual, foi indicada a referência a bens jurídicos positivados pelo constituinte, como a saúde, a moradia, a educação e o meio ambiente, que contribuem para que a fundamentação argumentativa desloque-se da avaliação pessoal do intérprete para dentro do ordenamento jurídico.

7. Referências

- ALEXV, Robert. *Teoría da argumentação jurídica*. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005.
- _____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ATTENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. 3. ed. São Paulo: Landy, 2006.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Entrevista concedida à *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 34. Rio de Janeiro, abr.-jun. 2008, p. 299/308.
- _____. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual. *Revista dos tribunais*, n. 750, São Paulo, abr. 1998, p. 113/120.
- BERCOVICI, Gilberto. A constituição de 1988 e a função social da propriedade. *Revista de direito privado*, v. 7. São Paulo, jul.-set. 2001, p. 69/84.
- BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura alla funzione*. Milano: Edizioni di Comunità, 1977.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo, Malheiros, 2000.
- CAMARGO, Margarida Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do Direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- CARDOSO, Patrícia Silva. Oponibilidade dos efeitos dos contratos: determinante da responsabilidade civil do terceiro que coopera com o devedor na violação do pacto contratual. *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 20. Rio de Janeiro, out.-dez. 2004, p. 125/150.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. O novo código civil e o código do consumidor: convergências ou antinômias. *Revista da Emerj*, v. 5, n. 20, Rio de Janeiro, 2002, p. 100/114.
- CORDEIRO, Antônio Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997.
- CORTIANO JUNIOR, Eroulth. A função social dos contratos e dos direitos reais e o art. 2035 do Código Civil brasileiro: um acórdão do Superior Tribunal de Justiça. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 359/368.
- COSTA, Pedro de Oliveira. Aparentamentos para uma visão abrangente da função social dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Obrigações: estudos sob a perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 45/68.
- 58 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A função social do contrato. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, n. 45. São Paulo, jul.-set. 1988, p. 138.
- 59 STJ, 3ª T., REsp 476.649, Rel.ª Min.ª Nancy Andrichi, j. 20/11/2003, DJ 25/02/2004.
- 60 TA-PR, AC n. 263.725-6, Rel. Des. Wilde de Lima Pugliese, publ. 10/09/2004.
- 61 TJ-SP, proc. 4500574100, Rel. Elcio Trujillo, publ. 25/09/2006.

- CUNHA, Paulo Ferreira da. Propriedade e função social. *Revista de Direito Imobiliário*, v. 56. São Paulo, jan.-jun. 2004, p. 114/126.
- DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. v. I, 5. ed. Madrid: Civitas, 1996.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo, Martins Fontes, 2002.
- EHRHARDT JR., Marcos. *Responsabilidade civil pelo inadimplemento da boa-fé*. Belo Horizonte: Forum, 2014.
- EISTER, Allan W. *Função. Dicionário de ciências sociais*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1986.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.
- ENGISCH, Karl. *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales*. Pamplona: Universidad de Navarra.
- FERREIRA, Carlos Alberto Goulart. *Contrato: da função social*. *Revista Jurídica*, n. 247, Porto Alegre, mai. 1998, p. 9/15.
- FUX, Luiz. Prefácio. In: FREIRE, Alexandre *et alii* (Orgs.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto de novo código de processo civil*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 9/12.
- GALLUPPO, M. C. Os princípios jurídicos no estado democrático de direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. *Revista de Informação Legislativa*, n. 143, jul.-set. 1999, p. 191/210.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito contratual contemporâneo: a função social do contrato*. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 369/393.
- _____. ; CIDAD, Felipe Germano Cacicedo. *Função social no direito privado e constituição*. In: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (Coord.). *Função social no direito civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 18/38.
- _____. ; PEREIRA, Daniel Queiroz. *Função social no direito privado e constituição*. In: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (Coord.). *Função social no direito civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 68/91.
- GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- GUASTINI, Riccardo. *L'interpretazione dei documenti normativi*. Milano: Giuffrè, 2004.
- GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*, trad. Cláudio Molz, São Paulo: Landy Editora, 2004.
- HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Cambridge: MIT Press, 1998.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *A função social do contrato*. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, n. 45, São Paulo, jul.-set. 1988, p. 141/152.
- JÚNIOR, E. *Da responsabilidade civil de terceiro por lesão do direito de crédito*. Coimbra: Almedina, 2003.
- KONDER, Carlos Nelson. *Causa do contrato x função social do contrato: Estudo comparativo sobre o controle da autonomia negocial*. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 43, Rio de Janeiro, jul./set. 2010, p. 33/75.
- _____. *Contratos conexos: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- LOBO, Paulo Luiz Netto. *Princípios sociais dos contratos no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil*. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 42, São Paulo, p. 187/195.
- MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Interpretação da boa-fé nos contratos brasileiros: os princípios jurídicos em uma abordagem relacional (contra a euforia principiológica)*. In: Ronaldo Porto Macedo Júnior; Catarina Helena Cortada Barbieri. (Org.). *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 1, p. 307/337.
- MALA, Antônio Cavalcanti. *Notas sobre direito e argumentação*. In: CAMARGO, Margarida Lacombe (Org.). *1988-1998: uma década de constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 395/431.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. *A função social do contrato e o princípio da boa-fé no código civil brasileiro*. *Revista Forense*, n. 364, Rio de Janeiro, Forense, nov.-dez. 2002, p. 3/19.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Novos aspectos da função social da propriedade no direito público*. *Revista de Direito Público - RDP*, v. 84/39, São Paulo, out.-dez. 1987, p. 933/942.
- MELLO, Cláudio Ari. *Interpretação jurídica e dever de fundamentação das decisões judiciais no novo código de processo civil*. *Revista de Processo*, v. 255, São Paulo, mai. 2016.
- NALIN, Paulo. *A função social do contrato no futuro código civil brasileiro*. *Revista de Direito Privado*, n. 12, São Paulo, out.-dez. 2002, p. 50/60.
- NEGREIROS, Teresa. *O princípio da boa-fé contratual*. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 221/253.
- NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- OLIVEIRA, Leandro Corrêa de; SILVA FILHO, Edson Vieira da. *A decisão jurídica entre o dever de fundamentação e a relativização dos discursos julgadores*. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 95, São Paulo, abr.-jul. 2016.
- ORLEANS, Helen Cristina Leite de Lima. *Não basta ser proprietário, tem que participar: algumas notas sobre a função social da propriedade imobiliária no direito brasileiro*. *Revista de Direito Privado*, v. 46, São Paulo, abr.-jun. 2011, p. 99/146.
- PERELMAN, Chaim, e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação - A nova retórica*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- PÉRLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- _____. *Perfis do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- REALE, Miguel. *Visão geral do projeto de código civil*. Disponível em: <<http://goo.gl/tNXAw>>. Acesso em: 09 jul. 2016.
- RENTERÍA, Pablo. *Considerações acerca do atual debate sobre o princípio da função social do contrato*. In: MORAES, M. C. B. de. *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 281/313.
- ROQUE, André Vasconcelos. *Dever de motivação das decisões judiciais e controle da jurisprudentia no novo CPC*. In: FREIRE, Alexandre *et alii* (Orgs.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto de novo código de processo civil*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 245/262.
- SARMENTO, Daniel. *Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *A constitucionalização do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- SCALABRIN, Felipe; SANTANNA, Gustavo. *A legitimação pela fundamentação: anotação ao art. 489, § 1º e § 2º, do novo código de processo civil*. *Revista de Processo*, v. 255, São Paulo, mai. 2016.
- SCHLESINGER, Piero. *Interpretazione della legge civile e prassi dele corti*. *Rivista di Diritto Civile*, ano XLVII, parte prima, Padova, 2002.

- SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo código civil e a constituição*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003.
- SILVA, Luis Renato Ferreira da. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. In: Sarlet, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo código civil e a constituição*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003. p. 127/150.
- SOUZA, Eduardo Nunes. Função negocial e função social do contrato: subsídios para um estudo comparativo. *Revista de Direito Privado*, v. 54, São Paulo, abr. 2013, p. 65/87.
- STRECK, Lenio Luiz. O pan-principiologismo e o sorriso do lagarto. *Revista Direito Unifacs – Debate Virtual*, n. 144. Florianópolis, jun. 2012.
- SZANIAWSKI, Elimar. Aspectos da propriedade imobiliária contemporânea e sua função social. *Revista de Direito Privado*, v. 3, São Paulo, jul.-set. 2000, p. 126/156.
- SZTAJN, Rachel. Propriedade e contrato: função social. *Revista de Direito Empresarial*, v. 9, São Paulo, mai./jun. 2015, p. 453/459
- TARTUCE, Flávio. *Função social dos contratos*. São Paulo: Método, 2007.
- TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.
- TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (coord.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 395/405.
- _____. *Temas de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- _____. ; SCHREIBER, Anderson. O princípio da boa-fé objetiva no código civil e no código de defesa do consumidor. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 29/44.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- _____. *et alii*. *Novo CPC – fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- TINM, Luciano Benetti. Função social do direito contratual no código civil brasileiro: justiça distributiva vs. eficiência econômica. *Revista dos Tribunais*, v. 876, São Paulo, out. 2008, p. 11/28.

ALGUMAS NOTAS SOBRE A CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO EM CONTRATOS INTERNACIONAIS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Carmen Tiburcio

Sumário: 1. Introdução. 2. Histórico da cláusula de eleição de foro no Direito brasileiro. 3. Art. 22, III, e art. 25, CPC/2015: efeitos positivos e negativos da cláusula de eleição de foro. 4. Aplicação das regras sobre cláusula de eleição de foro no tempo: contratos e processos anteriores ao CPC/2015. 5. Conclusão.

1. Introdução

Uma das principais inovações previstas no novo Código de Processo Civil quanto às regras de competência e jurisdição internacional foi a autorização expressa da inclusão de cláusulas de eleição de foro em contratos internacionais (art. 22, III, e 25, CPC). Tendo em vista que o Professor e Ministro Luiz Fux presidiu a Comissão de Juristas instituída pelo Senado Federal destinada a elaborar Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil, seu papel foi determinante na alteração do cenário legislativo sobre a matéria. No presente artigo, serão analisadas as regras dispostas no novo Código e as correlatas questões de direito intertemporal, especialmente no que tange à aplicação do novo CPC em contratos e processos anteriores a sua entrada em vigor. Antes de cuidar de tais tópicos, porém, cumpre fazer algumas observações quanto ao regime jurídico da eleição de foro antes do CPC de 2015¹.

2. Histórico da cláusula de eleição de foro no Direito brasileiro

A possibilidade de as partes escolherem o foro competente para julgar eventuais conflitos sempre gerou controvérsias no Direito Internacional. A razão para tal era, essencialmente, a natureza de direito público das normas processuais que estabeleciam em quais hipóteses a autoridade judiciária local teria jurisdição. Sendo a jurisdição uma das funções do Estado, exercida — no que se refere à aplicação da lei ao caso concreto — predominantemente pelo Poder Judiciário, a determinação de seus limites, por meio de normas sobre o exercício da competência internacional, seria decorrência

1 Para uma análise completa do tema, a autora remete os leitores ao seu livro: *Extensão e limites da jurisdição brasileira: competência internacional e imunidade de jurisdição*, publicado pela Editora JusPodivm em 2016.