

CARLOS NELSON  
KONDER

# FUNÇÃO SOCIAL NA CONSERVAÇÃO DE EFEITOS DO CONTRATO

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) de acordo com ISBD

K82f Konder, Carlos Nelson  
Função social na conservação de efeitos do contrato / Carlos Nelson Konder.  
- Indaiatuba, SP : Editora Foco, 2024.  
232 p. ; 16cm x 23cm.  
Inclui bibliografia e índice.  
ISBN: 978-65-5515-946-2  
1. Direito. 2. Direito civil. 3. Contrato. 4. Função social. I. Título.  
2023-2952 CDD 347 CDU 347

Elaborado por Odílio Hilário Moreira Junior - CRB-8/9949

Índices para Catálogo Sistemático:

1. Direito civil 347
2. Direito civil 347

# SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS.....	V
LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS .....	VII
PREFÁCIO .....	IX
INTRODUÇÃO .....	1

## PARTE I

### A COMPREENSÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

1. A FUNDAMENTAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO .....	17
1.1 Funcionalização do contrato .....	17
1.1.1 Função e análise funcional do contrato .....	18
1.1.2 Instrumentos de funcionalização do contrato .....	26
1.2 Socialização da função do contrato .....	34
1.2.1 A "relativização" da relatividade dos efeitos do contrato .....	35
1.2.2 Solidarização da função do contrato ao projeto constitucional .....	45
2. A APLICAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO .....	57
2.1 Contextualização da aplicação da função social dos contratos .....	57
2.1.1 Alcance da função social diante da massificação dos contratos.....	58
2.1.2 Importância das consequências na aplicação da função social do contrato .....	67
2.2 Qualificação da aplicação da função social do contrato.....	77
2.2.1 Enquadramento normativo da função social do contrato .....	78
2.2.2. O modelo de tríplice função e a criação de deveres aos contratantes	85

PARTE II  
A APLICAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL À CONSERVAÇÃO  
DOS EFEITOS DO CONTRATO

3. HIPÓTESES DE APLICAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL À CONSERVAÇÃO DOS EFEITOS DO CONTRATO.....	97
3.1 O controle de abusividade na extinção unilateral do contrato.....	98
3.1.1 Resilição unilateral e prorrogação compulsória do contrato.....	98
3.1.2 Resolução por inadimplemento e onerosidade excessiva.....	107
3.2 O dever de suportar os efeitos do contrato ineficaz.....	117
3.2.1 Os denominados efeitos do contrato nulo.....	118
3.2.2 A chamada responsabilidade pós-contratual.....	131
4. PARÂMETROS PARA A APLICAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL À CONSERVAÇÃO DOS EFEITOS DO CONTRATO.....	139
4.1 Parâmetros substantivos para a atuação conservativa da função social do contrato.....	139
4.1.1 O alcance dos efeitos do contrato sobre interesses metaindividuais..	140
4.1.2 A essencialidade dos efeitos do contrato para a coletividade.....	149
4.2 Parâmetros metodológicos para a atuação conservativa da função social do contrato.....	158
4.2.1 Temporariedade da conservação dos efeitos.....	159
4.2.2 Fundamentação argumentativa da decisão.....	169
CONCLUSÃO.....	181
REFERÊNCIAS.....	189

## INTRODUÇÃO

A paradoxal expressão “efeitos do contrato ineficaz” é utilizada por Díez-Picazo para se referir ao contraste entre a sanção de ineficácia no plano deontológico e a realidade fática em que se conservam efeitos constituídos pelo negócio, que não são aquilo que “do contrato cabia esperar”.<sup>1</sup> Por trás da aparente contradição está a tradicional concepção que contrapõe o ser e o dever ser, na qual, ocasionalmente, os fatos se “revoltam” contra o direito.<sup>2</sup>

A contradição existe somente sob perspectiva formalista, em que a norma é interpretada dissociada da praxe, considerada um acidente frente à reflexão, de perfil fenomenológico distinto e separado do Direito.<sup>3</sup> Entretanto, é necessário constatar que o fato “é o modo pelo qual o ordenamento se concretiza”, de modo que as questões ditas “de fato” são, necessariamente, questões de direito.<sup>4</sup>

Partindo dessa premissa, a dita eficácia do contrato ineficaz não é o resultado de uma teimosa realidade que, apartada do plano jurídico, resiste à clareza teórica dos conceitos, mas parte intrínseca da complexidade do ordenamento, a ser analisada não como exceção oculta que se pretende despercebida, mas manifestação de relevantes interesses a serem levados em conta pelo intérprete.

O fenômeno não é novo, mas vem ganhando renovada importância em razão de situações fáticas em que a subsunção ao regime formal das ineficácias gera repercussões graves de alcance social, indo além da esfera dos contraentes e mesmo de terceiros de boa-fé individualizáveis. É o caso, por exemplo, de contratos relativos à satisfação de interesses coletivos, como prestação de serviços públicos ou realização de grandes obras, viciados na origem por atos de corrupção, mas cuja súbita ineficácia causaria prejuízo ainda maior à sociedade do que o já consumado vilipêndio ao erário.<sup>5</sup> O próprio legislador atentou ao problema e,

1. Díez-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, tomo I, 6. ed. Pamplona: Thomson-Civitas, 2007, p. 570-571.

2. A expressão vem de MORIN, Gaston. *La révolte du droit contre le Code*. Paris: Recueil-Sirey, 1945.

3. PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 94.

4. PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 636.

5. Sobre o tema, v. MARTINS-COSTA, Judith. Efeitos obrigacionais da invalidade: o caso dos contratos viciados por ato de corrupção. In BARBOSA, H.; SILVA, J. C. F. (coord.). *A evolução do direito empresarial e obrigacional*, v. II. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 227-255.

no plano específico da invalidade, veio a determinar atenção às consequências práticas da decisão de desconstituição do ato.<sup>6</sup>

No plano doutrinário, o problema foi abordado quase que exclusivamente pela perspectiva do dito *princípio da conservação dos negócios*. Comumente, ele é invocado sob uma acepção ampla,<sup>7</sup> como um princípio autônomo, inferido a partir de institutos como a redução e a conversão dos negócios jurídicos e que se aplicaria também em outros contextos – como a eficácia do negócio nulo – traduzido, no direito contratual, em autêntico *favor contractus*.<sup>8</sup> Nessa toada, a conservação dos negócios jurídicos é tida como um princípio voltado à preservação dos efeitos da manifestação de vontade como um fim em si mesmo, em decorrência de tomar-se a autonomia privada como um valor, sempre socialmente positivo.<sup>9</sup> Sob essa abordagem, entende-se que “os negócios jurídicos são úteis à sociedade, do que decorre, logicamente, a conveniência de preservar seus resultados sempre que possível”.<sup>10</sup>

Entretanto, adota-se nesta tese a metodologia do *direito civil-constitucional*, segundo a qual, diante da complexidade de fontes do ordenamento jurídico, o processo hermenêutico “só alcançará a unidade, caso seja assegurada a centralidade da Constituição, que contém a tábua de valores que caracterizam a identidade cultural da sociedade”.<sup>11</sup> As premissas metodológicas dessa escola, apesar de persistir significativa incompreensão, foram objeto de relevante desenvolvimento teórico, razão pela qual é dispensável sua apresentação inicial em abstrato, optando-se por referi-las na medida em que necessárias para o desenvolvimento da tese.<sup>12</sup>

6. DL. 4.567/1942, art. 21. “A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas” (Incluído pela L. 13.655/2018).
7. “Fala-se em acepção ‘restrita’ ou ‘ampla’ para designar, respectivamente, a corrente que entende ter o princípio da conservação dos negócios jurídicos atuação apenas no campo da interpretação dos negócios jurídicos (ele teria, assim, uma única e bem definida função: a de ‘cânone hermenêutico’) e a corrente que entende se aplicar o referido princípio também a outros fenômenos jurídicos, tais como a nulidade parcial do negócio jurídico, a conversão (substancial e formal) do negócio jurídico e a conclusão do negócio jurídico” (MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva 2011, p. 308).
8. MATTIETTO, Leonardo. Invalidade dos atos e negócios jurídicos. In TEPEDINO, Gustavo (coord.). *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 347.
9. BUNAZAR, Maurício. *A invalidade do negócio jurídico*. São Paulo: Thompson Reuters, 2020, recurso eletrônico: “Conservar o negócio jurídico, portanto, é, antes de tudo, prestigiar a liberdade de autodeterminação das pessoas”.
10. ZANETTI, Cristiano de Souza. *A conservação dos contratos nulos por defeito de forma*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 63.
11. TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. *Temas de direito civil*, tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 9-10.
12. Para a sistematização das premissas metodológicas do direito civil-constitucional, v. PERLINGIERI, Pietro. Normas constitucionais nas relações privadas. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, n. 6 e

Uma delas, todavia, é importante para justificar a delimitação da abordagem da própria tese, que não segue o caminho tradicional do dito princípio da conservação. Trata-se da afirmação de que a autonomia negocial não é tutelada como um fim em si mesma, mas como um meio para viabilização de fins merecedores de tutela.<sup>13</sup> Assim, parece contraditório à primeira vista, sob essa perspectiva metodológica, fundamentar a análise apenas sobre a conservação dos negócios jurídicos como um princípio autônomo, idôneo a justificar a solução de conflitos sem amparo de outro fundamento normativo.

Com efeito, se o exercício da autonomia negocial é protegido na medida do merecimento de tutela dos fins perseguidos, a conservação dos efeitos do negócio também parece justificar-se somente quando tais efeitos – e não o negócio em si – forem também merecedores de tutela. Dessa forma, negócios jurídicos devem ser conservados se, e na medida em que, seu desfazimento ferir princípios que, naquele contexto, se revelem prevalentes, tais como a boa-fé, a dignidade humana, a vedação ao enriquecimento sem causa e, justamente, a função social do contrato. Como explica Perlingieri:

Sem uma análise funcional da estrutura negocial e de seus requisitos, sem, isto é, a individuação da gradação de valor dos interesses em jogo, seria impossível optar pela conservação e a validade da nova *fattispecie* ou pela conservação e operatividade da relação originária.<sup>14</sup>

Sob essa perspectiva, portanto, por trás da referência genérica à “conservação dos negócios”, são diversos e variados os fundamentos para essa “eficácia do contrato ineficaz”. O objetivo da presente tese, neste contexto, é abordar especificamente como a controversa figura da *função social do contrato* pode servir como fundamento para a conservação de efeitos do negócio nesses casos.

7. Rio de Janeiro, 1998/1999, p. 63-77; TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. *Temas de direito civil*, tomo I, 4. ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 1-23; MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil-constitucional. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 3-20; MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Rumos cruzados do direito civil pós-1988 e do constitucionalismo de hoje. *Rumos contemporâneos do direito civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 17-35; SCHREIBER, Anderson. Direito civil e Constituição. *Direito civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 5-24; SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson. Uma agenda para o direito civil-constitucional. *Revista brasileira de direito civil*, v. 10. Belo Horizonte: 2016, p. 1-20. Para as críticas, v. RODRIGUES JR., Otávio Luiz. *Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais*, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2019, p. 171-237; REIS, Thiago. Dogmática e incerteza normativa: crítica ao substancialismo jurídico do direito civil-constitucional. *Revista de direito privado*, v. 11. São Paulo: abr.-jun./2017, p. 213-238; LEAL, Fernando. Seis objeções ao direito civil-constitucional. *Revista da Emerj*, v. 22, n. 2. Rio de Janeiro: maio-ago./2020, p. 91-150.
13. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 279.
14. PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 455-456.

A trajetória da função social do contrato no ordenamento jurídico brasileiro parece iniciar-se, efetivamente, com a promulgação do Código Civil de 2002, cujo artigo 421 enunciava originalmente que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. A importância do dispositivo foi incrementada pelo parágrafo único do artigo 2.035 do mesmo diploma legal, que determina que “nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”.

A previsão legislativa da função social do contrato parece ser verdadeira inovação brasileira.<sup>15</sup> Não se tem notícia de dispositivo similar ao artigo 421 do Código Civil brasileiro em qualquer codificação civil estrangeira.<sup>16</sup> Diante disso, a doutrina comparatista estrangeira que se dedicou ao tema enxerga a inovação com franco ceticismo:

De fato, aparentemente a figura da ‘função social do contrato’, positivada no art. 421 CC/2002, trouxe muita confusão e nenhum benefício para o direito brasileiro. ‘Função social’ é um termo vazio, sem verdadeira tradição na nossa cultura jurídica comum, e pode significar tudo e nada ao mesmo tempo. Isso vem sendo confirmado a cada dia na doutrina e na jurisprudência brasileiras, em que a ‘função social do contrato’ é associada a qualquer fenômeno do direito dos contratos, da invalidade até o princípio *pacta sunt servanda*.<sup>17</sup>

A surpresa trazida pelo codificador brasileiro, positivando um conceito que até então tinha pouco desenvolvimento científico, tanto entre nós como nos

15. BRANCO, Gerson Luiz Carlos. A função social do contrato no Código Civil: 18 anos de vigência e a interpretação jurisprudencial do STJ. In BARBOSA, H.; SILVA, J. C. F. (coord.). *A evolução do direito empresarial e obrigacional*, v. II. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 281.

Rafael Chagas Mancebo sustenta que a função social do contrato estaria prevista na Constituição da Baviera (MANCEBO, Rafael Chagas. *A função social do contrato*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 155). Entretanto, na tradução do texto para inglês disponível na internet encontra-se somente o seguinte dispositivo: “Art. 151. (2). 1. *Within the framework of those purposes, the freedom of contract shall apply in accordance with the law. 2 The freedom of the development of personal decision-making power and the freedom of the independent economic activity of individuals shall be acknowledged on the moral demands of the public good. 3 The economic freedom of the individual shall be limited by the consideration for others and which are immoral, in particular any economically exploitative contracts, shall be illegal and void*” (disponível em <1.ly/MMQL>, acesso em 27 set. 2021).

16. TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social do contrato: conceito e critérios de aplicação. *Revista de informação legislativa*, v. 42, n. 168. Brasília, out.-dez. 2005, p. 202. Afirma Jan Peter Schmidt: dogmática é praticamente inexistente” (SCHMIDT, Jan Peter. Responsabilidade civil no direito alemão e método funcional no direito comparado. *Revista trimestral de direito civil*, v. 40. Rio de Janeiro: out.-dez./2009, p. 146, nota 18).

17. SCHMIDT, Jan Peter. Responsabilidade civil no direito alemão e método funcional no direito comparado. *Revista trimestral de direito civil*, v. 40. Rio de Janeiro: out.-dez./2009, p. 146, nota 18.

ordenamentos jurídicos que mais nos influenciaram, causou reações negativas mesmo durante o processo legislativo. Relata-se que Tancredo Neves teria reputado o artigo “uma disposição da maior inconveniência” e sugerido substituir pela determinação de que “ao interpretar o contrato e disciplinar a sua execução, o juiz atenderá à sua função social”.<sup>18</sup> Após a promulgação, o dispositivo continuou a ser hostilizado por parte relevante da doutrina nacional: “a história errática, equívoca e anômala da assim chamada função social do contrato, uma autêntica esdruxularia que não honra o direito brasileiro e cuja inclusão no Código Civil antes perturba que favorece os fins para os quais parece ter sido instituída”.<sup>19</sup>

De outro lado, todavia, formou-se doutrina que acolheu a figura com incontido entusiasmo. O nobre intuito de demonstrar a importância da novidade parece ter conduzido à identificação de uma enorme miríade de possibilidades, tão numerosas quanto heterogêneas entre si. Em sua esmagadora maioria, eram efeitos que já se encontravam regulados de forma específica pelo legislador ou eram objeto de incontroverso acolhimento doutrinário e jurisprudencial.<sup>20</sup> A função social do contrato ou era identificada como um gesto legislativo puramente laudatório da relevância social que todo contrato teria, ou bem como o fundamento por trás de quase todos os institutos jurídicos que, de alguma forma, controlavam a liberdade contratual em vista de seu impacto social.<sup>21</sup>

Assim, por exemplo, foram indicados como corolários da função social do contrato mais frequentemente a lesão, a onerosidade excessiva, as cláusulas abusivas e outras figuras voltadas a mitigar desigualdades entre os contratantes.<sup>22</sup> Mencionam-se, ainda, o controle da cláusula penal, dos juros e mesmo o

18. GOGLIANO, Daisy. A função social do contrato. Causa ou motivo. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, n. 99. São Paulo: 2004, p. 156; TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social do contrato: conceito e critérios de aplicação. *Revista de informação legislativa*. v. 42. n. 168. Brasília, out.-dez. 2005, p. 204.

19. VILLELA, João Baptista. Equilíbrio do contrato: os números e a vontade. *Revista dos tribunais*, v. 900. São Paulo, out. 2010, p. 85-122, recurso eletrônico.

20. Segundo Gerson Branco: “Embora a disposição tenha causado polémica logo após a promulgação do Código Civil, com opiniões acaloradas, o decurso do tempo e a consolidação jurisprudencial em torno da matéria não provocou grandes alterações no cenário jurídico” (BRANCO, Gerson Luiz Carlos. A função social do contrato no Código Civil: 18 anos de vigência e a interpretação jurisprudencial do STJ. In BARBOSA, H.; SILVA, J. C. F. (coord.). *A evolução do direito empresarial e obrigacional*, v. II. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 281).

21. ALVIM, Arruda. A função social dos contratos no novo código civil. *Revista Forense*, n. 371. Rio de Janeiro, jan./fev. 2004, p. 71: “o grande espaço da função social, de certa maneira, e em escala apreciável, já se encontra no próprio Código Civil, através exatamente desses institutos que amenizam, vamos dizer, a dureza da visão liberal do contrato”.

22. FERREIRA, Carlos Alberto Goulart. Contrato: da função social. *Revista Jurídica*, n. 247. Porto Alegre, maio 1998, p. 11; SANTOS, Antonio Jeová. *Função social do contrato*, 2. ed.. São Paulo: Método, 2004, p. 117.



direito à renegociação como efeitos da função social do contrato.<sup>23</sup> Além desses, é possível encontrar referências aduzindo a essa lista também a publicidade enganosa,<sup>24</sup> a desconsideração da personalidade jurídica, o estado de perigo, a resilição unilateral e o enriquecimento sem causa,<sup>25</sup> bem como a exigência de forma pública para a transmissão de imóveis, a conversão dos negócios jurídicos, a proibição de pacto sucessório, a estipulação em favor de terceiro, a promessa de fato de terceiro e a responsabilidade por aliciamento de prestador de serviços.<sup>26</sup> Levantaram-se ainda, como efeitos da função social do contrato, os requisitos de validade dos negócios,<sup>27</sup> a proteção da dignidade humana em *reality shows* e até mesmo a invalidade da cláusula contratual que obrigou Rubens Barrichelo a dar passagem a seu colega de escuderia em corrida de fórmula 1.<sup>28</sup>

A jurisprudência parece ter acolhido essa perspectiva entusiástica, invocando a função social do contrato nas mais diversas aplicações e para os mais distintos objetivos.<sup>29</sup> Por exemplo, foram suprimidas por violação à função social do contrato condições de reajuste que oneram excessivamente o consumidor,<sup>30</sup> cláusulas impeditivas de restituição do valor pago,<sup>31</sup> cláusulas abusivas de modo geral,<sup>32</sup> negativa de renovação automática de contrato mantido por mais de dez anos,<sup>33</sup> multa excessiva em relação de consumo que afronta os dispositivos consumeristas,<sup>34</sup> dispositivo proibitivo de purgação da mora pelo devedor,<sup>35</sup> cláusula

23. MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Diretrizes interpretativas da função social do contrato. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 56. São Paulo: out.-dez./2005, p. 22-45, recurso eletrônico.

24. AZEVEDO, Alvaro Villaça. O novo Código Civil Brasileiro: tramitação; função social do contrato; boa-fé objetiva; teoria da imprevisão e, em especial, onerosidade excessiva (Laesio Enormis). *Revista jurídica*, n. 308. Porto Alegre, jun. 2003, p. 11.

25. RULLI NETO, Antonio. *Função social do contrato*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 225.

26. TARTUCE, Flávio. *Função social dos contratos*, 2. ed. São Paulo: Método, 2007, p. 252-256.

27. MANCEBO, Rafael Chagas. *A função social do contrato*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 78.

28. ROSENVALD, Nelson. A função social do contrato. In HIRONAKA, G. M. F. N.; TARTUCE, F. (coord.). *Direito contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007, p. 97.

29. Em crítica a essa postura, destaca Anderson Schreiber: “[a jurisprudência] tem encontrado dificuldade em empregá-la sem o caráter um tanto demagógico que, muitas vezes, se lhe imprime na prática advocatícia, onde a função social tem sido invocada ora como argumento para a defesa dos interesses patrimoniais e individuais dos próprios contratantes ou de seus concorrentes – utilização que, note-se, ora como fundamento para a absoluta desconsideração do próprio contrato, resultado que representa a aplicação principiológica intensíssima, mas que se afasta da própria essência de um princípio setorial do Direito dos Contratos” (SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 30-31).

30. TJRS, 5ª C.C., Ap. Cível n. 70025660218, Rel. Romeu Marques Ribeiro Filho, julg. 15/10/2008.

31. TJRS, 9ª C.C., Ap. Cível n. 70025542754, Rel. Léo Romi Pilau Júnior, julg. 08/10/2008.

32. TJDF, 2ª T.R.C., Ap. Cível 20070111238578, Rel. Alfeu Machado, julg. 15/07/2008.

33. TJRS, 2ª T.R.C., Ap. Cível n. 71001565050, Rel. Afif Jorge Simões Neto, julg. 10/09/2008.

34. TJRS, 2ª T.R.C., Ap. Cível n. 71000693143, Rel. Mylene Maria Michel, julg. 17/05/2006.

35. TJRJ, 2ª C.C., Ag. Instr. 200800233382, Rel. Des. Paulo Sergio Prestes, julg. 13/10/2008; TJRJ, 15ª C.C., Ag. Instr. 200800215589, Rel. Des. Jose Carlos Paes, julg. 28/05/2008.

abusiva de renúncia à indenização das benfeitorias,<sup>36</sup> desligamento compulsório de empreendimento cooperativo.<sup>37</sup> Na mesma linha, a possibilidade de revisão judicial dos termos do contrato, quando desequilibrados, encontrou amparo reiteradamente na exigência de atendimento à sua função social,<sup>38</sup> bem como a redução da cláusula penal<sup>39</sup> e a aplicação da teoria do adimplemento substancial.<sup>40</sup>

Isso gerou um panorama de considerável esvaziamento de qualquer significado normativo específico da função social do contrato.<sup>41</sup> Invocada de forma quase que exclusivamente retórica, na esmagadora maioria desses julgados a função social do contrato aparece junto a outros princípios, como a boa-fé, o equilíbrio contratual, o enriquecimento sem causa e a dignidade da pessoa humana, sem que houvesse especificação do papel de cada princípio na decisão nem sua relação específica com o caso concreto.

Estudo quantitativo sobre a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que invoca a função social do contrato nos últimos anos constatou que somente 16% dos julgados traziam alguma fundamentação argumentativa para sua aplicação, e em apenas 9% deles a função social do contrato tinha algum papel autônomo na decisão.<sup>42</sup> Também na jurisprudência do STJ, já se destacou que “dos 100 acórdãos que fazem menção à função social do contrato desde que o Código de 2002 entrou em vigor [até então], em 62 ela é citada junto com o princípio da boa-fé, 3 junto com um ‘princípio de eticidade’ e 10 junto com a vedação ao enriquecimento sem causa.”<sup>43</sup>

36. TJSP, 4ª C.D.P., Ap. Cível 1613954100, Rel. Maia da Cunha.

37. TJDF, 3ª T.C., Ap. Cível 20060110408947, Rel. Humberto Adjuto Ulhôa, julg. 12/03/2008.

38. TJRJ, 16ª C.C., Ap. 200800149662, Rel. Des. Marco Aurelio Bezerra de Melo, julg. 14/10/2008; TJMG, Ap. Cível n. 107010617008630011, Rel. Valdez Leite Machado, julg. 24/07/2008; TJSP, 14ª C.D.P., Ap. n. 1311473700, Rel. Ligia Araújo Bisogni, julg. 27/09/2008; TJRS, 14ª C.C., Ap. Cível n. 70025542754, Rel. Dorval Bráulio Marques, julg. 14/08/2008.

39. TJRJ, 9ª C.C., Ap. Cível 200800122789, Rel. Sergio Jeronimo A. Silveira, julg. 05/08/2008; TJPR, 15ª C.C., Ap. Cível 04818013, Rel.: Des. Luiz Carlos Gabardo, julg. 16.07.2008.

40. TJRJ, 18ª C.C., Ap. Cível 200800129893, Rel. Celia Meliga Pessoa, julg. 01/07/2008.

41. Para Gerson Branco, “A análise da função social dos contratos na jurisprudência brasileira passa pelo reconhecimento inicial de que não há um bloco uníssono, sistemático e absolutamente coerente nos Tribunais do país. Pelo contrário, a jurisprudência sobre a matéria é substancialmente difusa e tópica, de modo que embora possam existir ‘paradigmas’ implícitos em tais decisões, é difícil afirmar que as decisões tenham sido fundantes ou determinantes de determinados entendimentos” (BRANCO, Gerson Luiz Carlos. A função social do contrato no Código Civil: 18 anos de vigência e a interpretação jurisprudencial do STJ. In BARBOSA, H.; SILVA, J. C. F. (coord.). *A evolução do direito empresarial e obrigatoria*, v. II. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 291).

42. TERRA, Aline de Miranda Valverde; KONDER, Carlos Nelson; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Boa-fé, função social e equilíbrio contratual: reflexões a partir de alguns dados empíricos. In TERRA, A. M. V.; KONDER, C. N.; GUEDES, G. S. C. (coord.). *Princípios contratuais aplicados: boa-fé, função social e equilíbrio contratual à luz da jurisprudência*. Indaiatuba, SP: Foco, 2019, p. 14-15.

43. KONDER, Carlos Nelson. Fundamentação das decisões e aplicação da função social do contrato: aportes do Código de Processo Civil de 2015. In: MENDES, A. G. C.; BEDAQUE, J. R. S.; CARNEIRO,

Esse cenário de imprecisão de sua aplicação, especialmente em razão de sua sobreposição recorrente às medidas de intervenção estatal para o equilíbrio contratual, foi o palco propício para tornar a função social do contrato alvo de reforma legislativa quando da mudança do ideário político governante. A ascensão de um Poder Executivo nacional reputado não interventor na economia e conservador nos costumes, em expressa contraposição aos governos antecedentes, levou a identificar, na função social do contrato – e na sua utilização arbitrária por decisões judiciais –, uma ameaça à liberdade econômica. Nessa toada, o artigo 421 foi um dos vários dispositivos carregados por verdadeira enxurrada que transformou institutos basilares do direito civil brasileiro, como a desconsideração da personalidade jurídica, o regime dos contratos de adesão e a onerosidade excessiva: a Medida Provisória 881, de 30 de abril de 2019.

Não foram poucas as críticas desferidas à iniciativa do legislador. Em primeiro lugar, apontou-se a incoerência de se buscar maior estabilidade econômica por meio de uma medida provisória – que não se sabia se continuaria em vigor, seria convertida em lei, rejeitada pelo Congresso, perderia vigência pelo decurso do prazo ou se seria convertida em lei profundamente modificada (como de fato foi).<sup>44</sup> Além disso, indicou-se a contradição de se buscar maior previsibilidade das decisões por meio de enunciados normativos redigidos de forma bastante confusa e generalista: especificamente afirmou-se “a inconveniência da modificação precipitada dos institutos de direito privado”,<sup>45</sup> julgando que ela realiza “alterações pontuais e, em sua maior parte, mal redigidas”,<sup>46</sup> afirmando que “apresenta sérios problemas técnicos no trato das categorias civis”,<sup>47</sup> reputando-a, em síntese, “atécnica, confusa e ociosa”.<sup>48</sup> Por fim, o próprio conteúdo das inovações foi bastante controvertido, reputado até mesmo inconstitucional do ponto de vista não somente formal, mas também material.<sup>49</sup>

P. C. P.; ALVIM, T. A. (coord.). *O novo processo civil: temas relevantes – Estudos em homenagem ao professor, jurista e ministro Luiz Fux*. Rio de Janeiro: GZ, 2018, v.1, p. 202.

44. LEONARDO, Rodrigo Xavier. Como tomar decisões empresariais com a MP da “liberdade econômica”. *Consultor jurídico*, 10 jun. 2019. Disponível em <t.ly/HULA>, acesso em 27 ago. 2019.
45. LEONARDO, Rodrigo Xavier. Como tomar decisões empresariais com a MP da “liberdade econômica”. *Consultor jurídico*, 10 jun. 2019. Disponível em <t.ly/HULA>, acesso em 27 ago. 2019.
46. SCHREIBER, Anderson. Alterações da MP 881 ao Código Civil – Parte I. *Carta Forense*, 03 maio 2019. Disponível em <t.ly/zp3B>, acesso em 27 ago. 2019.
47. TARTUCE, Flávio. A MP 881/19 (liberdade econômica) e as alterações do Código Civil. Primeira parte. *Migalhas*, 03 maio 2019. Disponível em <t.ly/2TbM>, acesso em 27 ago. 2019.
48. TEPELINO, Gustavo. A MP da liberdade econômica e o direito civil. *Revista brasileira de direito civil – RBDCivil*, v. 20, n. 02. Belo Horizonte: 2019, p. 11.
49. LÔBO, Paulo. Inconstitucionalidades da MP da “liberdade econômica” e o Direito Civil. *Consultor jurídico*, 06 jun. 2019. Disponível em <t.ly/b4Rl>, acesso em 27 ago. 2019; BERCOVICI, Gilberto. Parecer sobre a inconstitucionalidade da Medida Provisória da Liberdade Econômica. *Revista Fórum de direito financeiro e econômico – RFDFE*, ano 8, n. 15. Belo Horizonte, mar./ago. 2019, p. 173-202. Antes da MP 881, já defendia que a vedação ao retrocesso tornaria inconstitucional qualquer cons-

Diante dos graves problemas da MP 881/2019, a atuação de juristas de diversos matizes no Congresso Nacional foi significativa, e o texto sofreu profundas modificações antes que viesse a ser convertido em lei ordinária. No que tange à função social do contrato, a Lei n. 13.874/2019, denominada comumente “Lei de liberdade econômica”, cominou a seguinte redação ao dispositivo:

Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato.

Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual.

Entre os problemas da reforma, a afirmação de que a atuação da função social do contrato ou, de maneira mais ampla, a intervenção jurisdicional, deve ser mínima e excepcional, embora já defendida por alguma doutrina anterior à reforma,<sup>50</sup> parece inócua, trazendo efeito puramente simbólico e retórico. Destacou-se na doutrina a contradição entre buscar-se reduzir a quantidade de intervenções sem, todavia, modificar os requisitos dos institutos que especificamente ensejam essas intervenções.<sup>51</sup> O cenário descrito, marcado não pelo excesso de intervenções judiciais nos contratos, mas pela incerteza sobre as hipóteses e formas disso ocorrer, justificaria que o legislador, em lugar de reiterar o respeito à liberdade das partes e a excepcionalidade da revisão, tivesse estabelecido os critérios sobre quando e como isso deve ocorrer.<sup>52</sup>

A despeito desse contexto conflituoso, acredita-se que a função social do contrato, lida à luz da metodologia civil-constitucional, pode ter papel relevante

trição posterior à “socialização do contrato”: PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Breves reflexões sobre o princípio da função social. In EHRHARDT JÚNIOR, M.; LOBO, F. A. (coord.). *A função social nas relações privadas*. Belo Horizonte: Forum, 2019, p. 49.

50. Na doutrina, por exemplo, MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. A função social do contrato e o princípio da boa-fé no Código Civil Brasileiro. *Revista Forense*, n. 364. Rio de Janeiro: nov./dez. 2002, p. 9: “só a deformidade, o absurdo, e o teratológico exercício do direito de contratar que atente contra a regularidade das relações privadas e leve a aviltar os próprios fundamentos, as garantias e os valores sociais que sustentam e protegem a liberdade é que serão passíveis de invalidação por intervenção do juiz”. Na jurisprudência, TJDF, 1ª T. C., Ap. Cível 20020111044353, Rel. Flavio Rostirola, julg. 11/06/2008: “Em que pese a relativização do princípio *pacta sunt servanda*, em atenção à função social do contrato e aos princípios da probidade e da boa-fé, a ingerência do poder judiciário só resta autorizada em hipóteses excepcionais”.
51. Como explica Anderson Schreiber: “Dizer que a revisão é ‘excepcional e limitada’, sem alterar aqueles requisitos, não traz qualquer inovação no mundo do direito – como, aliás, não traria dizer que ‘não é excepcional’, que é ‘ilimitada’ ou que deve ocorrer ‘com frequência’ ou ‘em regra’. Ou se modificam os requisitos que atraem a revisão ou tudo permanece como era antes” (SCHREIBER, Anderson. Princípios constitucionais versus liberdade econômica: a falsa encruzilhada do Direito Contratual brasileiro. *Migalhas*, 31 ago. 2020. Disponível em <t.ly/7Q4F>, acesso em 12 abr. 2022).
52. KONDER, Carlos Nelson; COBBETT, Luccas Goldfarb. A função social do contrato após a Lei de Liberdade Econômica. *Revista brasileira de direito contratual*, v. 7. São Paulo: 2021, p. 5-22.

no endereçamento do problema da dita “eficácia do contrato ineficaz”. Com efeito, a tese parte da hipótese de que, expressa ou implicitamente, a função social já vem desempenhando relevante papel na conservação de efeitos do contrato, como se observa das decisões judiciais e estudos doutrinários sobre situações específicas dessa eficácia, de modo que se objetiva, por meio da proposição de parâmetros, conferir maior segurança e sistematicidade à sua aplicação nessa seara.

A escolha da utilização da função social do contrato e, principalmente, da metodologia civil-constitucional, pode ser justificada em dois argumentos contextuais, já que não existe para o jurista uma fórmula obrigatória de pensar: a adequação do método é um discurso aberto e o que se exige do jurista é consciência e coerência do método adotado.<sup>53</sup> A orientação civil-constitucional, nesse caso, está vinculada a duas marcas fundamentais do contexto brasileiro: a falta de tradição democrática e as profundas desigualdades sociais.

Fincar pé na Constituição de 1988, maximizando a irradiação de seus preceitos sobre as relações privadas, é também uma escolha no sentido de priorizar a democracia, como forma de organização não apenas política mas social: a democracia como modelo aplicável a qualquer grupo, das relações entre cidadãos e Estado às relações entre familiares.<sup>54</sup> A denominada “Constituição cidadã”, com todas as suas limitações e defeitos, foi um marco histórico em uma tradição de instabilidade política e recorrentes ameaças autoritárias, estabelecendo a democracia não apenas na estrutura política do país, mas também no âmbito das relações privadas.<sup>55</sup> Não se trata de renegar a milenar tradição dogmática do direito civil, mas de reconhecer, em um esforço de autocritica, que, especialmente no contexto brasileiro, ela acompanhou inerte, se não deu mesmo suporte, aos mais variados impulsos de autoritarismo e opressão nas relações entre particulares. A

Constitucionalização, assim, entre nós, é também uma escolha do civilista por estar sempre atento à necessidade de um direito civil democrático e solidário.

Junta-se a isso a assustadora conjuntura brasileira em termos de desigualdades sociais. No último Relatório sobre as desigualdades mundiais do World Inequality Lab destacou-se que, no Brasil, o 1% mais abastado da população possui praticamente a metade (48,9%) da riqueza nacional e os 10% mais ricos representam 58,6% da renda total do país, enquanto a metade mais pobre da população brasileira só ganha 10% do total da renda nacional e detém 0,4% da riqueza brasileira (ativos financeiros e não financeiros).<sup>56</sup> A escolha da metodologia civil-constitucional e da abordagem a partir da função social do contrato, assim, serve também a afastar a ideia de que o direito contratual possa ser indiferente a essa conjuntura social, como se ele pudesse pairar de forma neutra e descontextual acima dos anseios e conflitos da sociedade a que se dirige.<sup>57</sup> Trata-se de reinserir o direito contratual no contexto social e, especialmente, submetê-lo aos imperativos constitucionais que, sob a lógica solidarista e personalista, regem a atividade econômica como um todo, da qual o contrato é sua expressão mais fundamental.

A escolha da função social do contrato e da metodologia civil-constitucional explica também que, embora alguns exemplos de contratos abordados na tese envolvam relações de consumo ou possam ser reputados contratos administrativos, não serão analisados a partir da normativa específica desses setores. Isso decorre da unidade do sistema – em contraposição à teoria dos microssistemas – e da superação da dicotomia entre direito público e direito privado como corolários da constitucionalização do direito civil.

A distinção entre um direito público que se referiria somente à limitação da atuação do Estado, enquanto o direito privado desempenhava um papel constitucional como estatuto total e exclusivo do indivíduo, vai se esvaziando conforme se ampliam as normas interventivas nas relações privadas, bem como ganha espaço na atividade estatal o papel da coordenação e livre negociação.<sup>58</sup> O reconheci-

53. PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 88 e 124.

54. MORAES, Maria Celina Bodin de. *A família democrática. Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 211.

55. A expressão “Constituição cidadã” costuma ser atribuída a GUIMARÃES, Ulysses. Discurso proferido pelo constituinte Ulysses Guimarães presidente da Assembleia Nacional Constituinte. Disponível em <Ljy/Br6v>, acesso em 23 jul. 2022. Na descrição de Adriano Pilatti: “Ao encerrar formalmente o longo processo de transição democrática que se iniciou no final dos anos 1970 em nosso País, a Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988 (ANC) foi palco de grandes conflitos de interesse e opinião que ensejaram mobilizações de intensidade e extensão inéditas na história das Constituintes brasileiras. Entre 1º de fevereiro de 1987 e 5 de outubro de 1988, o edifício do Congresso Nacional, em Brasília, aconteceu um processo decisório caracterizado pelo dissenso, pela intensa e permanente mobilização transformou-se em ponto de afluência de múltiplos setores organizados da sociedade brasileira. Ali de atores coletivos internos e externos, por votações altamente polarizadoras e, ao mesmo tempo – sobretudo em sua fase final –, por uma atividade igualmente intensa e incessante de busca de acordos progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo”. (PILATTI, Adriano. *A constituinte de 1987-1988: progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 1).

56. CHANCEL, Lucas et al. *World inequality report 2022*. Paris: World Inequality Lab, 2021, p. 185-186.

57. Como afirma Teresa Negreiros: “[...] a reflexão acerca do contrato passou a abranger novos temas: justiça social, solidariedade, erradicação da pobreza, proteção ao consumidor, proteção ao meio ambiente. Trata-se de valores, princípios e tarefas constitucionalmente impostos, em relação aos quais o direito dos contratos não é – não deve ser – indiferente. Hoje, impõe-se reconhecer que a disciplina contratual não está à parte do projeto de sociedade livre, justa e solidária idealizado pela ordem constitucional em vigor no país” (NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 492).

58. GIORGIANNI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras. *Revista dos tribunais*, ano 87, v. 747. São Paulo: jan./1988, p. 35-55. Entre nós, v. SARMENTO, Daniel. A trajetória da dicotomia público/privado. *Revista trimestral de direito civil*, v. 22. Rio de Janeiro: abr.-jun./2005, p. 239-257.



mento da superioridade hierárquica da Constituição, cujas normas se impõem também às relações privadas, e que garante unidade dentro da complexidade do ordenamento jurídico, leva a distinção a desempenhar finalidade mais didática do que ontológica, uma vez que ambos compartilham o mesmo fundamento e apontam para uma mesma finalidade.<sup>59</sup> Sob essa premissa, mesmo contratos que poderiam ser reputados administrativos serão abordados não pela legislação que lhes é particular, mas reconduzidos à lógica geral – constitucionalizada – do sistema, de modo a ilustrar a atuação conservativa da função social.

A premissa relativa à unidade do sistema também permite contrapor a metodologia civil-constitucional à chamada teoria dos microssistemas, ao menos na sua acepção original, segundo a qual a descodificação teria levado ao surgimento de estatutos jurídicos que se fecham em si, hermenêuticamente autônomos, guiados por lógicas e valores apartados do restante do ordenamento.<sup>60</sup> Sob a perspectiva civil-constitucional não é possível encontrar seara das relações privadas autônoma aos imperativos do sistema, pois o ordenamento ou bem é uno, ou não é ordenamento.<sup>61</sup> Dessa forma, mesmo os contratos que disciplinam relações de consumo – ramo em que o conceito de microssistema se difundiu com tintas mais diluídas<sup>62</sup> – serão abordados não sob as peculiaridades do diploma consumerista, mas também como peças da engrenagem constitucional.<sup>63</sup>

Ainda no âmbito das explicações metodológicas, é necessário esclarecer que essa tese foi integralmente elaborada durante o período da pandemia de Covid-19, de modo que a prioridade dada às referências nacionais decorreu não somente da já exposta “brasileiridade” da previsão legislativa da função social do contrato, mas também da dificuldade de acesso às referências estrangeiras em virtude das restrições de circulação. Pela mesma razão, foram priorizados os recursos eletrônicos, com a devida identificação nas referências dessa natureza. Isso contribuiu também a que a revisão bibliográfica, própria das pesquisas jurídicas, fosse implementada em conjunto com a análise crítica dos argumentos envolvidos, de modo a viabilizar igualmente a busca por objetividade que permeou a tese.

59. NEGREIROS, Teresa. Dicotomia público-privado frente ao problema da colisão de princípios. In TORRES, R. L. (org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 337-375.

60. IRTI, Natalino. *Letà della decodificazione*. Milano: Giuffrè, 1999, p. 126.

61. PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 200-201.

62. Cláudia Lima Marques defende o tratamento do Código de Defesa do Consumidor como um microssistema, mas preconiza a importância do que denomina de *diálogo das fontes* (MARQUES, Cláudia p. 679 e ss.).

63. TEPEDINO, Gustavo. *As relações de consumo e a nova teoria contratual*. *Temas de direito civil*, tomo I, 4. ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 242.

Feitas essas ressalvas, a empreitada de buscar sistematizar o papel da função social na conservação de efeitos do contrato foi estruturada nesta tese em quatro capítulos, por um lado agrupados em duas grandes partes, por outro divididos em dois itens, cada qual com dois subitens. Assim, a primeira parte, destinada à própria compreensão da categoria normativa da função social do contrato, inicia-se por um capítulo dedicado analisar os fundamentos para a função social do contrato. Essa fundamentação perpassa tanto o substantivo “função”, analisando-se a perspectiva funcional dos institutos de direito civil e os institutos voltados especificamente à funcionalização dos contratos, como o adjetivo “social”, discutindo-se a ligação comumente estabelecida com a mitigação do princípio da relatividade dos efeitos do contrato e a recondução aos preceitos do texto constitucional, como a solidariedade social, os direitos sociais e os princípios constitucionais que regem a atividade econômica.

O segundo capítulo passa à esfera da aplicação da função social do contrato. De início, analisam-se as características do contexto fático que interferem com essa aplicação, investigando-se como a massificação dos contratos atrai a sua incidência e o papel que o raciocínio consequencialista desempenha nessa atividade aplicativa. Em seguida, o estudo volta-se ao quadro normativo, buscando avaliar a adequação de reconduzir a função social do contrato às categorias mais comuns – como conceito indeterminado, cláusula geral, princípio e postulado – e, ao final, propor um modelo teórico voltado a sistematizar a aplicação da função do contrato.

A segunda parte da tese recai especificamente sobre a aplicação da função social para a conservação de efeitos do contrato, principiando pelo terceiro capítulo, destinado a avaliar como isso vem ocorrendo em hipóteses comuns de mitigação da ineficácia. Esse exame panorâmico será apartado, apenas para sistematizá-lo, entre os casos em que se limita a possibilidade de extinção unilateral do contrato, como a rescisão unilateral e a resolução por inadimplemento ou por onerosidade excessiva, e casos em que se impõe às partes o dever de continuar a suportar efeitos do negócio apesar da sua extinção, como nas invalidades e na dita responsabilidade pós-contratual.

O quarto e último capítulo, enfim, irá se dedicar à proposição de parâmetros para guiar o intérprete na utilização da função social para a conservação de efeitos do contrato. Serão sugeridos inicialmente parâmetros substantivos, consistentes no alcance dos efeitos do contrato sobre a coletividade e na essencialidade desses efeitos para os não contratantes. Em seguida, serão propostos parâmetros metodológicos, quais sejam, a temporariedade da conservação e a fundamentação argumentativa da decisão. Pretende-se, com isso, oferecer maior segurança e sistematicidade à atuação conservativa da função social do contrato.