

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO E PROCESSO CIVIL**

Romulo Volnei Prendel de Oliveira

FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E OS CONTRATOS ELETRÔNICOS

Porto Alegre

2018

ROMULO VOLNEI PRENDEL DE OLIVEIRA

FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E OS CONTRATOS ELETRÔNICOS

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Profa. Dra. Maria Cláudia Mércio Cachapuz

Porto Alegre

2018

ROMULO VOLNEI PRENDEL DE OLIVEIRA

FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E OS CONTRATOS ELETRÔNICOS

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA:

Professora Dra. Maria Cláudia Mércio Cachapuz
Universidade Federal do Rio Grande do Sul
Orientadora

Professora Dra. Simone Tassinari Cardoso
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Professor Dr. Fabiano Koff Coulon
Universidade do Vale do Rio dos Sinos

Agradeço, primeiramente, a Cristo e aos meus familiares, de modo especial, meu pai, minha mãe e minhas irmãs, os quais amo muito e que sempre me concederam o melhor.

Aos meus amigos e colegas do Colégio Militar e da FD que me apoiaram ao longo da minha vida, principalmente, à Lucia, cuja paciência é sem igual (metade do meu diploma é dela).

Aos meus colegas de trabalho que sempre terei lembranças dos grandes ensinamentos e bons momentos junto à 1ª Câmara Cível do TJRS, ao gabinete do Des. Eduardo Uhlein, também do TJRS e ao escritório Della Giustina & Marquardt Advogados.

E agradeço à minha orientadora, Profa. Cachapuz, que, além de ser excelente profissional, é uma pessoa excepcional.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo demonstrar a importância do princípio da função social do contrato e a sua incidência nos contratos eletrônicos. Inicialmente, aborda a origem do princípio da função social e seu conceito, expondo a sua base e tipicidade no ordenamento brasileiro. A fim de ir além da teoria, analisa-se recentes julgados sobre a função social do contrato. Em seguida, estuda a eficácia desse princípio, demonstrando a sua concretude perante cláusulas antissociais. Dedicada também sobre os contratos eletrônicos, apresentando suas vicissitudes e sua relação com a função social do contrato.

Palavras-chave: direito civil; princípio da função social do contrato; contrato eletrônico.

ABSTRACT

The present paper goal is to show the importance of the social function of the contract principle and its incidence on the electronic contracts. First, it addresses the origin of social function principle and its concept, exposing its basis and typicality in the Brazilian order. In order to go beyond the theory, it analyzes recent judgments about a social function of the contract. After, it studies the effectiveness of this principle, showing its concreteness facing the anti-social clauses. It also talks about electronic contracts, revealing its vicissitudes regarding the relation with the social function of the contract.

Key-words: civil law; social function of the contract; electronic contract (e-contract).

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	8
2. ORIGENS DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO	12
3. FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO: NOÇÃO E ASPECTOS GERAIS.....	18
3.1. Tentativa de conceituar.....	18
3.1.1. <i>Abstração legal.....</i>	<i>19</i>
3.1.2. <i>Concepções doutrinárias.....</i>	<i>22</i>
3.1.3. <i>Viés jurisprudencial.....</i>	<i>27</i>
3.2. Relação do princípio da função social com o princípio da autonomia privada	32
3.2.1. <i>Liberdade contratual versus liberdade de contratar</i>	<i>32</i>
3.2.2. <i>O conflito.....</i>	<i>33</i>
3.3. Eficácia do princípio da função social do contrato	35
3.3.1. <i>Eficácia interna.....</i>	<i>35</i>
3.3.2. <i>Eficácia externa</i>	<i>36</i>
4. CONTRATOS ELETRÔNICOS.....	38
4.1. Das definições.....	39
4.2. Considerações sobre contrato eletrônico	41
4.2.1. <i>Conceito de contrato eletrônico</i>	<i>41</i>
4.2.2. <i>Formação dos contratos eletrônicos.....</i>	<i>42</i>
4.2.3. <i>Tipos de contratos eletrônicos.....</i>	<i>44</i>
4.3. Princípio da função social no contrato eletrônico	46
CONSIDERAÇÕES FINAIS	51
REFERÊNCIAS	53

1. INTRODUÇÃO

“[...] firme consciência ética da realidade sócio-econômica norteia a revisão das regras gerais sobre a formação dos contratos e a garantia de sua execução equitativa, bem como as regras sobre resolução dos negócios jurídicos em virtude de onerosidade excessiva, às quais vários dispositivos expressamente se reportam, dando a medida do propósito de conferir aos contratos estrutura e finalidade sociais. É um dos tantos exemplos de atendimento da “socialidade” do Direito.”¹

O Código Civil de 2002 (CC/2002), além de outras mudanças em relação ao diploma anterior, inova o direito contratual quando apresenta, em seu artigo 421, uma nova cláusula geral, *in verbis*: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Eis um novo princípio contratual, qual seja, o da função social do contrato².

Tal inovação, por ser na área contratual, chama atenção, pois Lôbo³ foi categórico ao afirmar que o princípio da função social do contrato é a mais importante inovação do direito contratual, e mais, talvez seja a de todo o Código Civil. De fato, é costume dizer que o contrato ou direito contratual é o setor do direito que sofre menos alteração em relação à mudança social ou legal, uma vez que é conhecido pela milenar perpetuação de princípios legados pelos romanos⁴.

¹ BRASIL. **Novo código civil: exposição de motivos e texto sancionado**. 2. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2005, p. 41.

² Além do art. 421, o parágrafo único do art. 2.035, do CC/2002, faz referência à função social, como se verifica, a seguir:

Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução.

Parágrafo único. **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.** (grifei)

³ LÔBO, Paulo. **Direito civil: contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 68.

⁴ SANTIAGO, Mariana Ribeiro. **O princípio da função social do contrato**. Curitiba: Juruá, 2005, p. 20.

Mariana Ribeiro reflete os ensinamentos de Paulo Lôbo sobre a resistência à inovações no direito contratual.

Contudo, essa evolução do Código Civil, no ponto, era prevista e requerida. Como restou evidente quando Miguel Reale⁵, Supervisor da Comissão Elaboradora e Revisora do Código Civil de 2002, em sua Exposição de Motivos, realçou a necessidade da atualização do Código Civil, a saber:

“Não é de hoje que vem sendo reclamada a reforma da Lei Civil em vigor [Código Civil de 1916], como decorrência das profundas alterações havidas no plano dos fatos e das idéias, tanto em razão do progresso tecnológico como em virtude da nova dimensão adquirida pelos valores da solidariedade social.

[...] passou a ser insistentemente pedida a atualização do Código Civil vigente, tais e tantos são os prejuízos causados ao País por um sistema legal não mais adequado a uma sociedade que já superou a fase de estrutura prevalentemente [sic] agrária para assumir as formas e os processos próprios do desenvolvimento científico e industrial que caracteriza o nosso tempo.

[...]

Ocorre, todavia, que o Código de 1916 foi concebido e aperfeiçoado a partir de 1899, coincidindo a sua feitura com os últimos reflexos de um ciclo histórico marcado, no plano político e jurídico, por acendrado individualismo.

[...]

Superado de vez o individualismo, que condicionara as fontes inspiradoras do Código vigente, reconhecendo-se cada vez mais que o Direito é social em sua origem e em seu destino, impondo a correlação concreta e dinâmica dos valores coletivos com os individuais, para que a pessoa humana seja preservada sem privilégios e exclusivismos, numa ordem global de comum participação, não pode ser julgada temerária, mas antes urgente e indispensável, a renovação dos códigos atuais, como uma das mais nobres e corajosas metas de governo.”⁶

Ademais, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 (CF), houve maior urgência em atualizar o Código Civil, porque, mesmo com as diversas emendas constitucionais de cunho liberal, a Carta Magna, sem dúvidas, fomenta um Estado social, intervencionista.

A Constituição, portanto, prevê um conjunto expressivo de direitos de cunho social e econômico, com intuito de reduzir as desigualdades sociais e de incitar o desenvolvimento nacional – ela concilia, na ordem econômica, valores liberais e sociais.⁷

⁵ A título de curiosidade, o princípio da função social do contrato, na elaboração do Projeto do Código Civil de 2002, antes, chamava-se princípio da *socialidade*. Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 38.

⁶ BRASIL. **Novo código civil: exposição de motivos e texto sancionado**. 2. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2005. p. 22-24.

⁷ DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 56.

Diante disso, a noção da pessoa humana como sujeito de direitos abstratos – cuja importância é exclusivamente patrimonial –, tornou-se ultrapassada. O âmago do direito privado passa a ser o valor social da pessoa humana, sendo a sua vulnerabilidade amparada pelo ordenamento.⁸ Por isso, se diz que essa é uma grande inovação para o (e do) direito civil.

A fim de desenvolver o presente tema, faz-se necessário, inicialmente, apresentar, de modo sintético, a origem do princípio da função social do contrato. Não só para fins de sanar curiosidade, mas com o intuito de ajudar na compreensão do assunto.

É evidente que não se pode adentrar a matéria sem ter conhecimento de seu significado, motivo pelo qual o conceito de função social do contrato, como princípio, será visto sob a ótica legal, doutrinária e jurisprudencial.

Uma das questões mais debatidas quando se fala em função social do contrato é a sua relação com o princípio da autonomia privada. O debate de que a função social barra a autonomia da vontade é recorrente na doutrina – razão pela qual é abordado no presente trabalho.

O princípio da função social não se restringe a apenas um preceito, ele tem efeitos (eficácia) que se manifesta em diversas maneiras – o que demonstra a sua concretude perante as cláusulas antissociais.

Adiante que há, segundo a doutrina, dois tipos de efeitos, a saber, o efeito *intra partes* (ou efeito interno ou subjetivo) e efeito *ultra partes* (ou externo ou transobjetivo)⁹.

⁸ TEPEDINO, Gustavo. “O Princípio da Função Social no Direito Civil Contemporâneo”. In NEVES, Thiago Ferreira Cardoso (Coord.). **Direito & justiça social: por uma sociedade mais justa, livre e solidária: estudos em homenagem ao Professor Sylvio Capanema de Souza**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 258.

⁹ JORGE JÚNIOR, Alberto Gosson. **Direitos dos contratos**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 51-55.

Jorge Júnior assim classifica os efeitos da função social do contrato. Classificação elaborada

Com objetivo de tentar aplicar a função social no mundo contratual, toma-se o contrato eletrônico como enfoque, introduzindo-o ao presente trabalho. O fato de a era digital estar avançando, a largos passos, e em razão de o ser humano permanecer, cada dia, mais conectado ao mundo virtual, a ponto de realizar pela *internet* o que realiza no 'mundo real', tomando um caminho menos 'humanizado', quanto às relações pessoais, são os motivos para dar destaque aos contratos eletrônicos.

2. ORIGENS DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

“Na busca das idéias [sic] determinantes, a dinâmica da transformação do pensamento jurídico não pode ser ignorada. É um dos fatores determinantes da transformação do direito, que não admite verdades imutáveis ao longo do tempo. O caráter secular e a historicidade do direito exigem o conhecimento de suas origens, exigem o ‘deixar nuas as causas históricas’, para que se possa tomar consciência da fragilidade das verdades, muitas vezes tidas como absolutas.”¹⁰

O Dr. Gerson Branco, de modo inédito, analisou a função social do contrato em sua tese de doutorado¹¹, realizada sob a orientação da Dra. Judith Hofmeister Martins-Costa, na qual demonstrou o valor que há em apontar as origens do princípio, e, para além, os motivos que o levou a ser normatizado. De igual forma, mas não com tamanha maestria, será aqui apresentado, de modo sucinto, as origens desse princípio no nosso ordenamento.

Branco divide a sua importante obra em três partes: na primeira, estuda-se a natureza histórica-cultural da função social do contrato, a base doutrinária e legal da passagem da concepção liberal-individualista para a social-funcionalista – destacando a acolhida do pensamento de Emilio Betti, provinda do direito italiano; na segunda parte, trata-se do culturalismo de Miguel Reale refletido no artigo 421 do CC/2002 – volta-se mais para o processo de formação da cláusula geral da função social do contrato; e, por fim, trabalha-se com o novo modelo contratual advindo do art. 421 – como *implicação recíproca e funcional* da liberdade de contratar e da função social, interpretação da cláusula geral da função social do contrato diante do sistema constitucional vigente e de outras disposições legais.¹² Assim, a obra de Branco é ímpar para o estudo da

¹⁰ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Função Social dos Contratos: interpretação à luz do Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. XXVII-XXVIII.

¹¹ *Idem*, **As origens doutrinárias e a interpretação da função social dos contratos no Código Civil Brasileiro**. Junho de 2006. 407 f. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2006.

Todavia, utilizar-se-á, aqui, a obra “Função Social dos Contratos”, pois, além de ser, praticamente, a tese, a obra foi publicada em 2009.

¹² BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Ibidem*, 2009, p. XXIII-XXIV.

função social, motivo pelo qual toma grande destaque no presente trabalho.

Como já dito, o diploma civil anterior, em matéria contratual, trazia o individualismo e o liberalismo como princípios, cujo embasamento era a autonomia da vontade – afirma-se que havia larga liberdade contratual. Todavia, nesse antigo código, a autonomia da vontade já era limitada em prol da proteção da ordem pública (um mecanismo de proteção do próprio direito)¹³.

Branco constata que o Código Civil de 1916 (CC/16) integrava, também, *determinado ordenamento moral vigente no meio social*, sendo que o ideal liberal não afastou do Estado o cuidado com o social. Nesse interim, o contrato é considerado *fenômeno elementar da ordem social* e o princípio da autonomia da vontade, por conta da lei da oferta e da procura, passou a ter utilidade social¹⁴.

As transformações ocorridas no início do século XX, causaram consequências ao contrato:

“A atividade regulatória do Estado antes referida em sentido contrário à ideologia liberal foi provocada pelas transformações sociais e econômicas ocorridas no início do século XX, que, além de provocarem mudanças na esfera pública, mediante o nascimento do ‘Estado Social de Direito’, atingiram diretamente o contrato.

A consequência estatal na esfera privada, ‘limitando’ a chamada liberdade contratual em dois aspectos: liberdade de contratar e liberdade de estipulação do conteúdo do contrato.

[...]

Preservar o contrato significa preservar o mercado, ainda que não seja o mercado absolutamente livre, idealizado no final do século XVIII: o mercado continua sendo um espaço da autonomia privada, mas regulado; portanto, não se pode mais falar em uma “autonomia da vontade” tal qual foi concebida no final do século XVIII.

Evidentemente que não se tratou de uma opção deliberada do legislador, mas decorrência do fenômeno da massificação das relações sociais, da inclusão de novos valores de justiça distributiva e bem-estar, de mudança na racionalidade jurídica e de transformações das relações econômicas que tiveram lugar durante o século XX, mudando o esquema contratual paritário fundado na tratativa e na negociação do consenso tal qual concebido no Código Civil de 1916. Por sinal, esse esquema raro cedeu lugar a um novo modelo, mais ágil e hábil para regulamentar as relações de massa.”¹⁵

¹³ *Idem, Ibidem*, p. 7-13.

¹⁴ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Função Social dos Contratos: interpretação à luz do Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 14-15.

¹⁵ *Idem, Ibidem*, p. 16-20.

A base teórica para a intervenção legislativa que causou o nascimento da preocupação funcional do contrato – reconhecimento do contrato como fato social –, se deu a partir do processo de objetivação do negócio jurídico. De acordo com Branco, graças às ideias de Oskar von Bülow, foi possível a construção de uma teoria do negócio jurídico no direito alemão, afastando o voluntarismo como concepção única do direito contratual; e, juntamente com outros juristas, como Alfred Manigk, Peter Klein, Soriano Neto e Pontes de Miranda, o direito brasileiro pôde compreender o papel da vontade na formação do contrato – tem-se, aí, uma nova concepção de negócio jurídico.¹⁶

Foge do objetivo do presente trabalho, tratar da teoria do negócio jurídico, bem como de suas origens e, muito menos, de seu desenvolvimento. Todavia, é imperioso, aqui, fazer um parênteses, pois, seria uma mácula deixar de citar Emílio Betti o qual, em sua aclamada obra “Teoria Geral do Negócio Jurídico”¹⁷, de forma exímia, tratou do negócio jurídico – não é por menos que é intitulado como “divisor de águas”, porquanto sistematizou o negócio jurídico de tal forma que superou as antigas concepções¹⁸.

Ao conceituar negócio jurídico, Betti analisa os aspectos sob os quais ele é considerado como “[...] ato pelo qual o indivíduo regula, por si, os seus interesses, nas relações com outros (ato de autonomia privada): ato ao qual o direito liga os efeitos mais conformes à função econômico-social e lhe caracteriza o tipo (típica neste sentido)”. O autor submete tal análise a três perguntas, a saber: a) como é (forma); b) o que é (conteúdo); c) por que é (causa)¹⁹ – ou seja, as duas primeiras perguntas dizem respeito à estrutura, enquanto que a última, à função. Entretanto, importa, para o presente trabalho, apenas a análise sobre a função do negócio jurídico, devendo ser destacado o seguinte trecho da referida obra de Betti:

¹⁶ BRANCO, Gerson Luiz Carlos, *Ibidem*, p. 21-23.

¹⁷ BETTI, Emílio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico** – Tomo I. Tradução e anotações de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003.

¹⁸ Assim o tradutor apresentou e exaltou Betti, no início da sua tradução – nota do tradutor. *Idem*, *Ibidem*, p. 01.

¹⁹ *Idem*, *Ibidem*, p. 79.

“[...] qualquer tipo de negócio serve uma função econômico-social característica dele (típica, neste sentido) a qual, ao mesmo tempo que é, normalmente, tida em conta por quem o realiza (e desse modo, constitui a sua intenção prática típica), é tomada em consideração pelo direito, qualquer que seja a razão justificativa da garantia e a sanção jurídica, e seja qual for o critério diretivo para configuração de efeitos ordenativos conformes a ela.”²⁰

Portanto, sobre o processo de objetivação do negócio jurídico, importa saber que foi importante, como destaca Branco:

“O processo de objetivação foi a base da intervenção legislativa no âmbito do conteúdo do contrato e do nascimento da preocupação funcional, pois revelou uma dimensão que extrapola os limites da relação intersubjetiva e reconhece o contrato como fato social. Tal reconhecimento tornou necessário estabelecer regras sobre a forma como o ato de vontade se relaciona com o jurídico e também com a vida social e econômica.”²¹

Diante das novas ideias, ao longo do século XX, no Brasil, foram sendo descartados os pressupostos da teoria da vontade – são reconhecidas as “cláusulas leoninas” e as eficácias específicas de contratos. Juristas começaram a se debruçar sobre a função social do contrato (mesmo sendo poucos), especialmente: Miguel Reale. Neste cenário deu espaço para a inclusão do princípio da *socialidade* no projeto do novo Código Civil.²²

Ainda por conta da obra de Gerson Branco, toma-se conhecimento de e. juristas, cujas obras deram vida a função social do contrato, como Jhering, Cimbali, Karl Renner, Léon Duguit e Emilio Betti.²³

Como já dito, o presente trabalho não visa esgotar a matéria, de modo que dar-se-á destaque para Emilio Betti, porque sua obra é proeminente no direito brasileiro, sendo corriqueiramente citada pelos grandes autores do tema em estudo.

²⁰ *Idem, ibidem*, p. 82-83.

²¹ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Ibidem*, p. 28.

²² *Idem, ibidem*, p. 30.

Sobre a vanguarda brasileira da função social do contrato, Gerson Branco destaca os seguintes juristas: Miguel Reale, Caio Mário da Silva Pereira, Miguel Maria de Serpa Lopes e Orlando Gomes.

²³ *Idem, ibidem*, p. 40.

O jurista italiano alerta para sempre se observar o funcionamento da norma perante a realidade social, norma que contém previsão abstrata e em geral de hipóteses de fato – mas a sua ideia de “concessão” do Estado em favor dos particulares (ideia de autonomia privada) se relaciona com a separação entre direito e a realidade social (são como dois planos, mas contidos em um mesmo universo).²⁴

O contrato não se faz simplesmente pela vontade. A autonomia privada é ao mesmo tempo valorizada (no plano pré-jurídico) e limitada (no plano jurídico). E essa limitação dá-se a medida que necessária para tutelar o contrato – o que se percebe é que a vontade não é suficiente para formar contratos, o contrato também precisa que tenha causa.²⁵

Betti, então, trata a função do negócio jurídico como a sua causa. “Causa” é entendida, pela terminologia técnica, legitimada pela tradição, como função – é a razão do negócio (liga-se ao conteúdo do negócio). Por sua vez, conteúdo do negócio é um preceito da autonomia privada – é muito mais que uma ‘vontade qualquer’. É com esse preceito que as partes pretendem regular os seus interesses em vista de escopos práticos de caráter típico.²⁶

O controle que o direito exerce sobre as diversas manifestações da autonomia privada se origina, segundo o autor, do exame das várias categorias de escopos práticos. Esses escopos são classificados por tipos: “*licitude no terreno social, de acordo com a apreciação que dela costuma fazer a consciência social, [...] oportunidade de munir com a sanção as correspondentes formas da autonomia privada*”.²⁷

Conclui que “*a causa do negócio se identifica com a função-econômico social de todo o negócio, considerado despojado da tutela jurídica, na síntese dos seus elementos essenciais, como totalidade e unidade funcional, em que se*

²⁴ *Idem, ibidem*, p. 70.

²⁵ *Idem, ibidem*, p. 72.

²⁶ BETTI, Emilio. *Ibidem*, p. 247-248.

²⁷ *Idem, ibidem*, p. 269-270.

*manifesta a autonomia privada.*²⁸

Betti faz uma análise da função social dos contratos na *função social típica* – a qual dá suporte ao art. 421, do CC/2002. Existem dois aspectos do negócio: o aspecto objetivo corresponde ao reflexo subjetivo; e o aspecto subjetivo tem-se quando a função social típica é uniforme e constante.²⁹

Tomando-se a causa como função social típica e normal determinação, quando ela faltar, ilicitude ou irracionalidade induzem o preceito do negócio. Quando o interesse individual e o interesse objetivo interferirem na mudança, a ponto de “neutralizar e paralisar” a função social típica, fazendo-o servir a um escopo anti-social.³⁰

Na conclusão de seu livro, Branco lista as consequências da adoção dos pensamentos de Jhering, Cimbali e Betti (principais autores da função social dos contratos) e do “culturalismo” de Reale. Peça-se escusa para, aqui, transcrevê-las:

- “a) estruturação dos artigos da lei, inclusive o artigo 421 do Código Civil, de maneira aberta e flexível, cláusula geral cuja função sistemática é múltipla;
- b) funcionalização de modelos jurídicos que são orientados por valores: a cláusula geral da função social dos contratos põe o contrato a serviço da realização do princípio da socialidade;
- c) o princípio da socialidade é reitor dos principais modelos jurídicos conexos ao contrato: personalidade jurídica; empresa e propriedade;
- d) acolhimento da ética da situação, como mecanismo de aplicação das cláusulas gerais e do critério para aplicação judicial do direito, mediante a reiterada conferência a “usos do lugar”, “natureza da operação econômica” etc.;
- e) estruturação da cláusula geral da função social dos contratos a partir da concepção da dialética de complementaridade, que permite a convivência entre “função do contrato” e “liberdade de contratar” em um mesmo dispositivo legal, como síntese valorativa de sentido; e
- f) integração da função social dos contratos com a atividade empresarial, pois o empresário é pessoa que tem por profissão celebrar contratos, já que a “atividade” que caracteriza a empresa é instrumentalizada, principalmente, pela contratação de maneira profissional e habitual.”³¹

²⁸ Idem, *ibidem*, p. 260.

²⁹ BRANCO, Gerson. *Ibidem*, p. 77-78.

³⁰ BETTI, Emilio. *Ibidem*, p. 271.

³¹ Idem, *ibidem*, p. 310.

3. FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO: NOÇÃO E ASPECTOS GERAIS

3.1. Tentativa de conceituar

Conceituar é um grande encargo, porém, necessário e de suma importância, pois permite entender o que se está em estudo. Toma-se, para tanto, as palavras de Gagliano e Pamplona Filho:

“Conceituar não é tarefa fácil. Aliás, apresentar um conceito é missão das mais intrincadas na doutrina, uma vez que aquele que se arrisca a realiza-la poderá pecar por presunção, por imaginar que a sua definição criada é a mais perfeita de todas ou simplesmente uma verdade jurídica absoluta; ou por omissão, acreditando que a enunciação simples demais seja a mais didática, quando, em verdade, não passa de uma concepção simplória.”³²

É evidente, portanto, que não se quer, aqui, menosprezar os demais conceitos existentes, apenas há o intuito de introduzir tal assunto ao leitor.

Função provém do latim: *functione*³³, podendo ser definida como “modo concreto de um instituto ou um direito de características morfológicas particulares operar no mundo dos fatos”³⁴. Assim entende Gondinho, que, com essa definição, diz que função significa papel a desempenhar ou obrigação a cumprir³⁵.

Contudo, como se verá, não existe, ainda, definição uníssona de função social do contrato, o que se reflete na (preocupante) falta de perícia dos

³² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume 4: contratos**, tomo I. 9. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 49

³³ Encyclopaedia Britannica do Brasil. **Dicionário brasileiro da língua portuguesa**. Tomo II. 16. ed. São Paulo: Companhia Melhoramentos, 2000. Verbete “função”, p.837

³⁴ Ao definir função, Gondinho utiliza-se do ensinamento de Stefano Rodotà. GONDINHO, André Osório. **Direito Constitucional dos Contratos: a incidência do princípio da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 251, apud RODOTÀ, *Proprietá*, verb. *In: Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIV.

³⁵ GONDINHO, André Osório. **Direito Constitucional dos Contratos: a incidência do princípio da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 251.

magistrados brasileiros em abordar esse princípio em suas decisões³⁶.

Longe de apontar a definição correta, e, muito menos, ousar definir essa “cláusula geral”, far-se-á aqui uma tentativa de colacionar principais conceitos presentes na literatura jurídica e na jurisprudência dos tribunais, além de buscar, na letra da lei, alguma resposta.

3.1.1. Abstração legal

A legislação, infelizmente, não apresenta conceito de função social do contrato, apenas o expõe como um requisito contratual, é o previsto no art. 421, do Código Civil de 2002, *in verbis*:

“Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função do contrato.”

E, ainda, há necessidade de se destacar o parágrafo único do art. 2.035:

“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.”

Como já referido, foi a primeira vez que a função social do contrato foi normatizada, ou seja, até então, não havia tal previsão no ordenamento brasileiro, de modo que, por óbvio, os comentaristas ao Código Civil de 2002 apresentam esses artigos como sem correspondentes no Código Civil de 1916³⁷.

No que concerne aos comentários a esses artigos, alguns autores, como, por exemplo, Azevedo e Venosa, apontam a influência em outros diplomas legais – destacam que foram base para a elaboração de outros dispositivos

³⁶ Tal preocupação foi um dos motivos de escolha do tema do presente trabalho.

³⁷ Como, por exemplo: AZEVEDO, Álvaro Villaça; VENOSA, Sílvio de Salvo. **Código Civil Anotado e Legislação complementar**. São Paulo: Atlas, 2004, p. 250; BRASIL. **Novo Código Civil comparado: Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Organizado por Norberto Oya. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 2002, p. 209. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade Nery. **Novo código civil e legislação extravagante Anotados**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 180.

legais, a exemplo dos arts. 6º, II, e 51 do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990):³⁸

“Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações; [...]”

“Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;

II - subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código;

III - transfiram responsabilidades a terceiros;

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

V - (Vetado);

VI - estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor;

VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem;

VIII - imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor;

IX - deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor;

X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral;

XI - autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor;

XII - obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor;

XIII - autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração;

XIV - infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais;

XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor;

XVI - possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias.

§ 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:

I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;

II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual;

III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

§ 2º A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de

³⁸ AZEVEDO, Álvaro Villaça; VENOSA, Sílvio de Salvo. **Código Civil Anotado e Legislação complementar**. São Paulo: Atlas, 2004, p. 250.

integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes.

§ 3º (Vetado).

§ 4º É facultado a qualquer consumidor ou entidade que o represente requerer ao Ministério Público que ajuíze a competente ação para ser declarada a nulidade de cláusula contratual que contrarie o disposto neste código ou de qualquer forma não assegure o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes.

Em que pese a lei não expor definição, o art. 2.035, parágrafo único, do CC/2002, é de suma importância, visto que dele pode-se extrair os sentidos da função social. Assim defende Tartuce, afirmando que há três aspectos primordiais desse dispositivo: a) a função social é um preceito de ordem pública; b) a função social do contrato é colocada ao lado da função social da propriedade – dando fundamento constitucional à função social dos contratos; e c) a aplicação da retroatividade motivada ou justificada – a função social pode ser aplicada ao contrato celebrado na vigência do CC/1916, mas que esteja gerando efeitos na vigência do CC/2002.³⁹

Todavia, sustentam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery que, do art. 421 se deduz três cláusulas gerais⁴⁰, a saber, “a) autonomia privada (liberdade de contratar); b) respeito à ordem pública; c) função social do contrato. Já Nelson Rosendal afirma que existem, na teoria contratual contemporânea, quatro grandes princípios: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual e função social do contrato⁴¹.

³⁹ TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015, p. 576-577.

⁴⁰ Em relação às cláusulas gerais, Nery Junior, afirma que “O CC está impregnado de cláusulas gerais, que se caracterizam como fonte de direito e de obrigações. É necessário, portanto, conhecer-se o sistema de cláusulas gerais para poder entender-se a dinâmica de funcionamento e do regramento do CC no encaminhamento e nas soluções dos problemas que o direito privado apresenta. Há verdadeira interação entre as cláusulas gerais, os princípios gerais de direito, os conceitos legais indeterminados e os conceitos determinados pela função. A solução dos problemas reclama a atuação conjunta desse arsenal”. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade Nery. **Novo código civil e legislação extravagante Anotados**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 5.

E, por princípios gerais, os autores destacam que são “regras de conduta que norteiam o juiz na interpretação da norma, do ato ou negócio jurídico. Podem ou não ser positivados (previstos expressamente em lei), mas normalmente não são positivados. São regras estáticas que carecem de concreção. Têm como função principal auxiliar o juiz no preenchimento das lacunas [...] (Canaris, Lücken, § 84, p. 93; Ferraz, Introdução, n. 4.3.3.3, p. 242/244). Os preceitos romanos *honeste vivere, alterum non laedere, sum cuique tribuere* (viver honestamente, não causar dano a outrem e dar a cada um o que é seu), são os primórdios dos princípios gerais de direito. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade Nery. **Novo código civil e legislação extravagante Anotados**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 5.

⁴¹ PELUSO, Cezar (Coord.). **Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência: Lei n.**

3.1.2. Concepções doutrinárias

Alguns defendem que os manuais de direito são praticamente iguais, pois tratam-se de comentários à lei, de modo que, segundo esses, os ensinamentos não fogem de uma mesmice. Infeliz é tal afirmação. Cada manual traz suas peculiaridades, como pode-se ver quanto à matéria aqui em tela.

A esmagadora parte dos manuais não passa de duas ou três páginas sobre o princípio da função social, alguns apresentam apenas poucos parágrafos sobre o tema⁴², porém, não é para menos, dado que são escassas as referências na área.

Flávio Tartuce ensina que, pelo princípio da função social do contrato, o contexto da sociedade é o fundamental na interpretação do contrato. Conclui que a realidade social deve ser observada na interpretação do contrato – ultrapassa-se aquilo que foi assinado pelas partes. Conclui que “*a real função do contrato não é a segurança jurídica, mas sim atender os interesses da pessoa humana*”.⁴³ Para além, ele toma esse princípio como um princípio de ordem pública, por conta do parágrafo único do art. 2.035, do CC/2002.⁴⁴ Data vênua ao i. autor, tal definição, além de simplória, destoa das demais definições do princípio da função social, como ficará evidente logo adiante.

Paulo Lôbo, por sua vez, destaca que o princípio da função social do contrato se harmoniza com a modificação substancial relativa à regra básica de interpretação dos negócios jurídicos introduzida pelo art. 112 do CC/2002⁴⁵, o qual abriu mão da investigação da intenção subjetiva dos figurantes em favor da declaração objetiva, socialmente aferível. Também, no campo das relações

10.406, de 2002. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Manole, 2010, p. 480.

⁴² A fim de não menosprezar os trabalhos publicados, não se fará, aqui, referências aos mesmos.

⁴³ TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único.** 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015, p. 571.

⁴⁴ *Idem.*

⁴⁵ Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.

negociais, a função social é tomada como uma especialização do princípio constitucional da justiça social. Para além, destaca que a função social não exclui a função individual do contrato, porém, quando o contrato, ou parte do mesmo, estiver inserido em atividade econômica e não puder ser interpretado a luz do princípio constitucional da justiça social e o da função social, tal contrato será, segundo Lôbo, nulo. Nesse sentido, deixa claro o autor que não se pode confundir a função social com a função econômica do contrato, uma vez que este se refere a interesses particulares das partes contratuais e aquele cuida do exterior do contrato, são, portanto, categorias distintas.⁴⁶ Por fim, Lôbo, se utilizando dos ensinamentos de Judith Martins-Costa, diz:

“No Código Civil de 2002 a função social surge relacionada à ‘liberdade de contratar’, como seu limite fundamental. São dois princípios antagônicos que exigem aplicação harmônica. No Código, a função social não é simples limite externo ou negativo, mas também limite positivo e de determinação do conteúdo da liberdade de contratar. Esse é o sentido que decorre dos termos ‘exercida em razão e nos limites da função social do contrato’ (art. 421). ‘Daí a imediata referência, logo após à liberdade de contratar, à função social do contrato; daí a razão pela qual liberdade e função social se acham entretecidos, gerando uma nova ideia, a de autonomia (privada) solidária’.”⁴⁷

Já Carlos Roberto Gonçalves sustenta intimidade entre o princípio da função social do contrato com o princípio da função social da propriedade e alega que previsto no artigo 421 “*subordina a liberdade contratual à sua função social*”, para além, diz que o princípio, ora em estudo, alia-se aos demais princípios, como o da autonomia da vontade e da obrigatoriedade, “*muitas vezes, impedindo que estes prevaleçam*”⁴⁸. Trazendo a lição de Caio Mario, Gonçalves afirma ser possível que terceiros possam no contrato influir, por serem direta ou indiretamente por ele atingidos. Também aponta a doutrina de Judith Martins-Costa, a de que a função social do contrato não serve apenas para restringir a liberdade contratual, porém para entender a eventual restrição à liberdade contratual – “*há [...] um valor operativo, regulador da disciplina contratual, que deve ser utilizado não apenas na interpretação dos contratos, mas, por igual, na integração e na concretização das normas contratuais*

⁴⁶ LÔBO, Paulo. **Direito civil: contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 68-69.

⁴⁷ *Idem, Ibidem*, p. 70.

⁴⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: volume 3: contratos e atos unilaterais**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.25.

*particularmente consideradas*⁴⁹.

Continua Gonçalves:

“É possível afirmar que o entendimento à função social pode ser focado sob dois aspectos: um, *individual*, relativo aos contratantes, que se valem do contrato para satisfazer seus interesses próprios, e outro, *público*, que é o interesse da coletividade sobre o contrato. Nessa medida, a função social do contrato somente estará cumprida quando a sua finalidade – distribuição de riquezas – for atingida de forma justa, ou seja, quando o contrato representar uma fonte de equilíbrio social.” (grifos do original)⁵⁰

E, ao tratar da função social do contrato como cláusula geral, Nelson Nery Junior diz que o julgador pode (com valores jurídicos, sociais, econômicos e morais) preencher o significado da função social⁵¹, contudo, dependerá do caso a ser apreciado. Podendo o juiz, segundo aponta o autor, por exemplo, declarar a inexistência ou a nulidade do contrato, posto que a norma do art. 421 se trata de ordem pública (v. art. 2.035, parágrafo único, do CC/2002), pode convalidar o contrato anulável (v. art. 171 e 172 do CC/2002) e também determinar *quantum* indenizatório para a parte que não observou o princípio da função social do contrato. Segundo Nery Junior, essas são algumas possibilidades de soluções ao problema de desentendimento, pois alega haver outras.⁵²

Para além, Nery Junior assevera que a liberdade parcial de contratar deve fazer valer a sua função social, a qual é *tão ou mais importante* do que o objetivo de circulação de riqueza – mesmo sendo esta dita como a mais importante missão dos contratos. A diretriz para a existência, validade e eficácia do contrato é o fim econômico-social.

É inegável, para Peluso⁵³, que a função social do contrato se trata de uma cláusula geral, dado que foi a intenção deixar a norma *vaga e imprecisa* para

⁴⁹ *Idem, Ibidem*, p. 26.

⁵⁰ *Idem, Ibidem*, p. 26.

⁵¹ *Idem, Ibidem*, p. 28.

⁵² NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade Nery. *Novo código civil e legislação extravagante Anotados*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 181. Gonçalves se utiliza da doutrina de Nery Junior ao tratar da função social como cláusula geral (cf. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Ibidem*, p. 28).

⁵³ PELUSO, Cezar (Coord.). *Ibidem*, p. 481-482.

que o julgador possa *densificar* o seu conteúdo – o que vai depender do caso, das suas peculiaridades, dos interesses dos envolvidos. Não está prevista sanção explícita para caso de desrespeito à função social do contrato, diferente do caso da função social da propriedade, cuja previsão foi dada pelos arts. 182 e 184 da Carta Magna. Assim como os outros autores, o jurista estipula o *modus operandi* diante do descumprimento do princípio, mas alerta que, em *casos extremos*, deve-se:

“Parece-nos que, em casos extremos, há que se aplicar a invalidade do negócio jurídico, por nulidade, em razão da ofensa à norma de ordem pública, na dicção do parágrafo único do art. 2.035, Contudo, prestigiando-se o princípio da conservação dos negócios jurídicos, sempre que possível, restringir-se-á a sanção ao plano da ineficácia da cláusula ofensiva à função social, preservando-se a relação jurídica no restante, como sugere o próprio artigo em comento, ao aludir a relação entre a função social e o *exercício* (e não a validade) da liberdade contratual.

Por último, não há similitude entre a declaração de invalidade do contrato por ilicitude do objeto e a ofensa à função social. Prende-se a ilicitude do objeto (art. 104, II, do CC) à investigação da causa do contrato e dos aspectos relacionados à vontade subjetiva das partes. Já a função social se prende às consequências sociais e objetivas do contrato, independentemente da sua origem. Por isso, é mesmo possível que o objeto contratual seja ilícito na formulação, sem que isso importe em quebra de sua função social. A recíproca é válida.”⁵⁴

Humberto Theodoro Júnior, em seu livro *O contrato e seus princípios*, publicado pela AIDE Editora, em 2001 – ou seja, anterior ao Código Civil de 2002 –, o “capítulo I: Contratos: princípios gerais” começou com o tópico “1. *Função social do contrato*”. Todavia, o autor apenas utilizou tal ponto para apresentar a importância dos contratos⁵⁵. Dois anos depois, a matéria recebeu especial atenção pelo autor no livro *O contrato e sua função social*, tendo sua 1ª edição em 2003, pela editora Forense, na qual exalta o CC/2002 pelos seus novos princípios contratuais: boa-fé objetiva, equilíbrio econômico e função social – forjados dos ideais da socialidade e do solidarismo provindos da Constituição Federal de 1988⁵⁶. Ao definir função social do contrato, o autor

⁵⁴ *Idem, Ibidem*, p. 481-482.

⁵⁵ THEODORO JÚNIOR, HUMBERTO. **O contrato e seus princípios**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001, p. 13-15.

⁵⁶ Assim como Antônio Junqueira de Azevedo, os seguintes princípios são denominados por Theodoro Júnior como princípios clássicos da teoria liberal do contrato, que seguem: “a) o da liberdade contratual, de sorte que as partes, dentro dos limites da ordem pública, podem convencionar o que quiserem e como quiserem; b) o da obrigatoriedade do contrato, que se traduz na força de lei atribuída às suas cláusulas (*pacta sunt servanda*); e c) o da relatividade

exalta a importância do contrato para *toda* a sociedade, portanto, não se restringindo as partes contratantes – terceiros à relação contratual, em seu meio social, sofrem os reflexos do negócio jurídico. O jurista percebe isso, também, pela sua própria semântica do termo *função*, que significa “papel a desempenhar”, “obrigação a cumprir”, pelo indivíduo ou por uma instituição; e *social* “qualifica o que é concernente à sociedade”, “relativo à comunidade, ao conjunto de cidadãos de um país”. Então, a função social do contrato somente vai ser vista quando “este instituto jurídico interferir no domínio exterior aos contratantes”.⁵⁷

Distingue-se a obra de Theodoro Júnior ao elencar alguns exemplos de função social do contrato prejudicada por abuso da liberdade de contratar, que merecem ser aqui citados:

- a) induzir a massa de consumidores a contratar a prestação ou aquisição de certo serviço ou produto sob influência de propaganda enganosa;
- b) alugar imóvel em zona residencial para fins comerciais incompatíveis com o zoneamento da cidade;
- c) alugar quartos de apartamento de prédio residencial, transformando-o em pensão;
- d) ajustar contrato simulado para prejudicar terceiros;
- e) qualquer negócio de disposição de bens em fraude a credores;
- f) qualquer contrato que, no mercado, importe o exercício de concorrência desleal;
- g) desviar-se a empresa lícitamente estabelecida em determinado empreendimento, para a contratação de operações legalmente não permitidas, como, *v.g.*, uma fatorizadora que passa a contratar depósitos como se fosse instituição bancária; ou a instituição financeira que, em lugar das garantias reais permitidas pela lei, passa a adotar o pacto de retrovenda ou o compromisso de compra e venda, burlando assim a vedação legal do pacto comissário;
- h) a agência de viagens que sob a aparência de prestação de serviço de seu ramo, contrata na realidade o chamado “turismo sexual”, ou a mediação no contrabando ou em atividades de penetração ilegal em outros países;
- i) enfim, qualquer tipo de contrato que importe desvio ético ou econômico de finalidade, com prejuízo para terceiros.”⁵⁸

O autor também alerta que o princípio em estudo não serve para cumprir apenas atividade assistencial ou caritativa, mesmo que o indivíduo mereça

dos efeitos contratuais segundo o qual o contrato só vincula as partes da convenção, não beneficiando nem prejudicando terceiros (res inter alios acta neque nocet neque prodest)”. Idem, Ibidem, p. 1-2.

⁵⁷ *Idem, Ibidem*, p. 13.

⁵⁸ *Idem, Ibidem*, p. 57-58.

assistência social. Posto que o contrato, segundo Theodoro, não é remédio para carência, porque não se pode esquecer da função primária e natural do contrato, qual seja, a econômica – como é cediço, o contrato é instrumento de circulação de riqueza – se distinguem função social e função econômica, portanto.⁵⁹

3.1.3. Viés jurisprudencial

Em pesquisa eletrônica à atual jurisprudência do STJ, centenas de julgados foram encontrados⁶⁰, todavia, na esmagadora maioria dos casos, o julgador apenas faz uma simples referência ao princípio da função social do contrato, utiliza-se de apenas uma pequena frase, como por exemplo: “*todo contrato desempenha uma função social*”⁶¹; “*a função social do contrato foi respeitada ante a inexistência de cláusulas contratuais prejudiciais aos recorrentes*”⁶², ou então, faz apenas referência ao art. 421 do CC/2002⁶³.

Mesmo diante de tal cenário jurisprudencial, alguns autores buscaram, na jurisprudência, o conceito da função social, como, por exemplo, Andrea Marighetto, cujo estudo a partir de alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça (STJ), concluiu que função social do contrato pode ser tomada como forma de acesso à concreta titularidade de tornar-se parte negocial e contratual, e, por outro lado, como “*mecanismo mitigador do rígido e impessoal formalismo positivista do próprio princípio*”.⁶⁴

⁵⁹ *Idem, Ibidem*, p. 97-104. O autor utiliza-se dos ensinamentos de Arnaldo Wald (WALD, Arnaldo. **A evolução do contrato no terceiro milênio e o novo Código Civil**, ALVIM, Arruda, et al. **Aspectos controvertidos do novo Código Civil**, São Paulo, RT, 2003, p. 72).

⁶⁰ Pesquisa ao *site* [http://www.stj.jus.br/SCON/], acessado em diversas datas.

⁶¹ REsp 1363814/PR, j. 17/10/2017.

⁶² AgInt no agravo em REsp 628.282/RS (j. 03/08/2017)

⁶³ REsp 1586910/SP (j. 29/08/2017)

⁶⁴ MARIGHETTO, Andrea. **O acesso ao contrato: sentido e extensão da função social do contrato**. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 150.

Cabe observar que MARIGHETTO recebeu boa crítica dos autores brasileiros, recebendo, inclusive, uma resenha na Revista de Direito do Consumidor. Cf. MARQUES, Cláudia Lima. Resenha: “**O acesso ao contrato: sentido e extensão da função social do contrato**”, de Andrea Marighetto. *In*: Revista de direito do consumidor Vol. 23, n. 92 (mar. /abril 2014), p. 551-552.

Marighetto aponta a relação entre os princípios da função social do contrato e da boa-fé, aduzindo que a boa-fé objetiva é arquétipo social que “impõe o poder-dever de cada um ajustar sua conduta a esse modelo, ao agir de uma pessoa honesta, escoreita e leal”, conforme o seguinte julgado do STJ:

“DIREITO CIVIL. CONTRATOS. RESCISÃO. PRÉVIA CONSTITUIÇÃO EM MORA. NECESSIDADE. EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO. REQUISITOS. NULIDADE PARCIAL. MANUTENÇÃO DO NÚCLEO DO NEGÓCIO JURÍDICO. **BOA-FÉ OBJETIVA. REQUISITOS.**

- A ausência de interpelação importa no reconhecimento da impossibilidade jurídica do pedido, não se havendo considerá-la suprida pela citação para a ação resolutória. Precedentes.

- A exceção de contrato não cumprido somente pode ser oposta quando a lei ou o próprio contrato não determinar a quem cabe primeiro cumprir a obrigação. Estabelecida a sucessividade do adimplemento, o contraente que deve satisfazer a prestação antes do outro não pode recusar-se a cumpri-la sob a conjectura de que este não satisfará a que lhe corre. Já aquele que detém o direito de realizar por último a prestação pode postergá-la enquanto o outro contratante não satisfizer sua própria obrigação. A recusa da parte em cumprir sua obrigação deve guardar proporcionalidade com a inadimplência do outro, não havendo de se cogitar da arguição da exceção de contrato não cumprido quando o descumprimento é parcial e mínimo.

- Nos termos do art. 184 do CC/02, a nulidade parcial do contrato não alcança a parte válida, desde que essa possa subsistir autonomamente. Haverá nulidade parcial sempre que o vício invalidante não atingir o núcleo do negócio jurídico. Ficando demonstrado que o negócio tem caráter unitário, que as partes só teriam celebrado se válido fosse em seu conjunto, sem possibilidade de divisão ou fracionamento, não se pode cogitar de redução, e a invalidade é total. O princípio da conservação do negócio jurídico não deve afetar sua causa ensejadora, interferindo na vontade das partes quanto à própria existência da transação.

- A boa-fé objetiva se apresenta como uma exigência de lealdade, modelo objetivo de conduta, arquétipo social pelo qual impõe o poder-dever de que cada pessoa ajuste a própria conduta a esse modelo, agindo como agiria uma pessoa honesta, escoreita e leal. Não tendo o comprador agido de forma contrária a tais princípios, não há como inquirir seu comportamento de violador da boa-fé objetiva.

Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 981.750/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/04/2010, DJe 23/04/2010).⁶⁵

(grifos do original)

O autor também destaca a mitigação do princípio da relatividade dos efeitos do contrato (*res inter alios acta*) pelos princípios da boa-fé e da função social do contrato, como se verifica na ementa, a seguir:

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL - RECURSO ESPECIAL -

⁶⁵ *Idem, Ibidem*, p. 138-139.

SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO - FCVS - CAUÇÃO DE TÍTULOS - QUITAÇÃO ANTECIPADA - EXONERAÇÃO DOS MUTUÁRIOS - COBRANÇA SUPERVENIENTE PELA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, SUCESSORA DO BNH - DOCTRINA DO TERCEIRO CÚMPLICE - EFICÁCIA DAS RELAÇÕES CONTRATUAIS EM RELAÇÃO A TERCEIROS - Oponibilidade - Tutela da Confiança.

1. CAUSA E CONTROVÉRSIA. A causa (a lide deduzida em juízo) e a controvérsia (a questão jurídica a ser resolvida), para se usar de antiga linguagem, de bom e velho sabor medieval, ainda conservada no direito anglo-saxão (cause and controverse), dizem respeito à situação jurídica de mutuários em relação à cessão de títulos de crédito caucionados entre o agente financeiro primitivo e a Caixa Econômica Federal -CEF, sucessora do BNH, quando se dá quitação antecipada do débito. A CEF pretende exercer seus direitos de crédito contra os mutuários, ante a inadimplência do agente financeiro originário. Ausência de precedentes nos órgãos da Primeira Seção.

2. PRINCÍPIO DA RELATIVIDADE DOS EFEITOS DO CONTRATO – DOCTRINA DO TERCEIRO CÚMPLICE – TUTELA EXTERNA DO CRÉDITO. O tradicional princípio da relatividade dos efeitos do contrato (*res inter alios acta*), que figurou por séculos como um dos primados clássicos do Direito das Obrigações, merece hoje ser mitigado por meio da admissão de que os negócios entre as partes eventualmente podem interferir na esfera jurídica de terceiros – de modo positivo ou negativo –, bem assim, tem aptidão para dilatar sua eficácia e atingir pessoas alheias à relação inter partes. As mitigações ocorrem por meio de figuras como a doutrina do terceiro cúmplice e a proteção do terceiro em face de contratos que lhes são prejudiciais, ou mediante a tutela externa do crédito. Em todos os casos, sobressaem a boa-fé objetiva e a função social do contrato.

(...)

Recurso especial conhecido em parte e improvido.

(REsp 468.062/CE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/11/2008, DJe 01/12/2008)⁶⁶

(original com grifos)

Humberto Theodoro Júnior sustenta, também, a mitigação do princípio da relatividade dos efeitos do contrato, por conta, segundo ele, da evidente preocupação social do legislador. Ademais, o autor reconhece que, muito antes do princípio da função social do contrato, os contratantes devem agir sempre com intuito de evitar prejuízos injustos para terceiros. Por isso, sustenta que a função social do contrato fundamenta-se pelo seu reflexo sobre a sociedade (terceiros), ultrapassando o círculo relacional das partes contraentes. Diferente do princípio da boa-fé que se restringe ao relacionamento travado entre os próprios sujeitos do negócio jurídico.⁶⁷

Nessa ótica, sem serem partes do contrato, terceiros têm de respeitar

⁶⁶ *Idem, Ibidem*, p. 146-147

⁶⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Ibidem*, p. 31.

seus efeitos no meio social, porque tal modalidade de negócio jurídico tem relevante papel na ordem econômica indispensável ao desenvolvimento e aprimoramento da sociedade. Têm também os terceiros direito de evitar reflexos danosos e injustos que o contrato, desviado de sua natural função econômica e jurídica, possa ter na esfera de quem não participou de sua pactuação.”⁶⁸

Para além, cabe apresentar diversos julgados, em cuja apreciação a função social do contrato tomou certo destaque, como, por exemplo, o julgamento do **Recurso Especial nº 1.161.522 – AL** (Recurso Repetitivo – Relatoria da ministra Maria Isabel Gallotti), julgado em 12 de dezembro de 2012, cuja ementa segue:

RECURSO ESPECIAL. EX-MUTUÁRIO. PRETENSÃO À CELEBRAÇÃO DE CONTRATO DE ARRENDAMENTO IMOBILIÁRIO ESPECIAL. ART. 38 DA LEI 10.150/2000. FACULDADE DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA.

1. Prescreve o art. 38 da Lei nº 10.150/2000 que as instituições financeiras captadoras de depósitos à vista e que operem crédito imobiliário estão autorizadas, e não obrigadas, a promover contrato de Arrendamento Imobiliário Especial com Opção de Compra, dos imóveis que tenham arrematado, adjudicado ou recebido em dação em pagamento por força de financiamentos habitacionais por elas concedidos.

2. Julgamento afetado à Segunda Seção com base no procedimento estabelecido pela Lei nº 11.672/2008 (Lei dos Recursos Repetitivos) e pela Resolução STJ nº 8/2008.

3. Recurso especial a que se nega provimento.

Em seu voto de vista, ora vencido, o ministro Paulo de Tarso Sanseverino, mesmo se tratando, *in casu*, de promoção de arrendamento imobiliário especial previsto no art. 38, caput e § 2º da Lei nº 10.150/2000, atentou para o princípio da função social do contrato, não podendo deixar de ser aqui reproduzida a sua exposição, pois trouxe à baila o ponto quanto à imposição da interpretação do princípio da função social do contrato em dispositivos anteriores ao Código Civil de 2002.

Destaca o eminente ministro que o princípio da função social já estava presente no nosso sistema jurídico⁶⁹, posto ser fruto da mudança de concepção da natureza dos institutos jurídicos da passagem do Estado Liberal do século

⁶⁸ *Idem, Ibidem*, p. 31-32.

⁶⁹ O ministro apenas faz alusão, quanto ao enfoque jurídico, à Constituição Federal de 1988.

XIX para o Estado Social do século XX. Ressalta que, no primeiro, prevalecia o liberalismo econômico e o individualismo, além de o direito de propriedade ser praticamente absoluto, de modo que o princípio da autonomia da vontade também era, na prática, absoluto. Por sua vez, no Estado Social, brotou nova concepção dos institutos jurídicos em geral (dentre eles o contrato e o negócios jurídicos em geral), abraçando-se a intervenção do Estado para restabelecer a igualdade entre os contratantes. Observou o ministro que os Estados totalitários presentes na primeira metade do século XX acarretaram na flexibilização da noção de Estado Social, o que resultou na social democracia, pautada nas ideias de solidariedade e justiça social – aqui, segundo ele, se inserindo o princípio da função social do contrato.

Ao explicar o princípio, o ministro se utilizou das palavras do saudoso professor Miguel Reale, copiando, na íntegra, em seu voto, o artigo⁷⁰ por este produzido, de cuja citação ele apenas destaca que o princípio da função social do contrato se trata de um balizador do princípio da liberdade contratual (princípio da autonomia privada ou da autonomia da vontade) – a fim de garantir trocas justas e úteis que atendam ao bem comum: relação de compatibilização entre o interesse individual com o interesse social. Depois, com a doutrina de Gerson Branco, destaca que a liberdade de contratar sofre influxos do princípio da função social do contrato, mesmo que contra a vontade da parte.

Ademais, apresenta os dois tipos de cláusulas gerais existentes no nosso ordenamento⁷¹, a saber, restritivas e regulativas. Explicando que “*as cláusulas gerais restritivas são aquelas que limitam o exercício de um direito, enquanto as do tipo regulativo permitem a modificação ou ampliação de uma relação obrigacional*”. De acordo com o julgador, a função social do contrato é aplicada, na jurisprudência do STJ, sob esses dois tipos de cláusulas gerais, acontece que não é utilizada tal nomenclatura. Como exemplo de cláusula geral restritiva, cita as hipóteses de abuso de direito, prevista como ato ilícito pelo art. 187 do CC/2002 e nos casos de cláusulas abusivas, previstas no art. 424 do CC/2002

⁷⁰ REALE, Miguel. **Função Social do Contrato**. 2003. Disponível em <http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm>, acessado em 02 de outubro de 2017.

⁷¹ Judith Martins-Costa. **A Boa-fé no Direito Privado**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 1999.

ou no art. 51 do CDC. E os casos de restabelecimento do equilíbrio contratual (sinalagma contratual) nas hipóteses de revisão dos contratos é exemplo de cláusula geral regulativa, bem como nas hipóteses de superação do princípio da eficácia relativa dos contratos.

3.2. Relação do princípio da função social com o princípio da autonomia privada

No presente capítulo, apresenta-se, de forma sucinta, os aspectos gerais do princípio da autonomia privada⁷² e o seu conflito com o princípio da função social do contrato.

Indubitavelmente, o princípio da função social do contrato, diante de sua definição e de seu alcance, deixaria os operadores do direito preocupados quanto à autonomia privada. De tal modo que não se pode deixar de se trabalhar a questão do ‘conflito’ entre o limite acometido pela função social com a liberdade da autonomia privada.

3.2.1. Liberdade contratual versus liberdade de contratar

É evidente que o princípio da função social do contrato se relaciona com os demais princípios (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual, entre outros), acontece que muitos confundem e pensam que a função social do contrato serve para limitar a liberdade de contratar. Talvez tal entendimento seja decorrente da leitura do texto do art. 421: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. É completamente o contrário, Rosenvald assim pontifica:

“A função social não coíbe a *liberdade de contratar*, como induz a dicção da norma, mas legitima a *liberdade contratual*. A liberdade de contratar é plena, pois não existem restrições ao ato de se relacionar.

⁷² É cediço que os termos autonomia privada e autonomia da vontade são tratados, por alguns autores, de forma diferente, porém, no presente trabalho, serão tomados como sinônimos.

Porém, o ordenamento jurídico deve submeter a composição do conteúdo do contrato a um controle de merecimento, tendo em vista as finalidades eleitas pelos valores que estruturam a ordem constitucional.” Original com grifos.⁷³

Santiago defende que a liberdade de contratar e a liberdade contratual são gêneros da autonomia privada, mas diferencia essas liberdades da seguinte forma:

“A liberdade de contratar (a *Abschlussfreiheit* dos autores alemães) importa em liberdade de decidir celebrar ou não o contrato e liberdade de escolher o outro contratante; já a liberdade contratual (*Gestaltungsfreiheit*), na liberdade de determinar o conteúdo do contrato, valendo-se, inclusive, da autorização legal para criação de contratos atípicos.”⁷⁴

3.2.2. O conflito

O princípio da autonomia da vontade se traduz como a faculdade de contratar *quando, como e com quem quiser*, nesse sentido doutrina Nader, mas sempre observando os limites nas leis de ordem pública e nos bons costumes⁷⁵. Sendo que tais limites existem desde Roma antiga, quando, em verdade, o princípio da autonomia da vontade era muito restrito⁷⁶.

Nas palavras de Betti, a autonomia privada “*configura um auto-regulamento, e até, ainda mais, um regulamento direto, individual, concreto, de determinados interesses pessoais, efetivado pelos próprios particulares interessados*”.⁷⁷ É nesse mesmo sentido, Orlando Gomes, como ensina Branco:

“Embora a discussão em torno da construção do conceito de ‘autonomia privada’ tenha sido feita a partir do ângulo do negócio

⁷³ PELUSO, Cezar (Coord.). *Ibidem*, p. 480.

⁷⁴ SANTIAGO, Mariana Ribeiro. *Ibidem*, p. 31.

⁷⁵ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: volume 3: contratos**. 8. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 24.

⁷⁶ Assim ensina Inocêncio Galvão Telles: “*O contrato não existia como figura geral, de ilimitada extensão. Só eram possíveis certas categorias de contratos, taxativamente determinados pelo Direito objetivo: este estabelecia modelos fixos, e a tais modelos tinham de se cingir os interessados.*” (TELLES, Inocêncio Galvão. **Direito das obrigações**, 8. ed., Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo, 1954, p. 55, apud NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: volume 3: contratos**. 8. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 25).

⁷⁷ BETTI, Emílio. *Ibidem*, p. 72.

jurídico, tanto por Betti quanto por Scognamiglio, essa foi a base teórica para que a problemática da função social do contrato fosse sistematicamente enquadrada. Embora contrato e negócio jurídico não coincidam conceitualmente, toda a teoria do negócio jurídico foi dirigida à construção de um arcabouço doutrinário para o direito contratual. Essa transição das concepções da teoria do negócio jurídico para o contrato baseia-se no argumento de que, **“no plano da prática”, o contrato é o ‘instrumento por excelência da vida econômica, e, no plano teórico, a expressão mais significativa da autonomia privada’.**

A autonomia privada como “auto-regulamentação dos interesses particulares” tem no negócio jurídico, portanto no contrato, o seu ‘substrato’.⁷⁸ (original sem grifos)

Já Diniz ressalta o limite causada pela supremacia da ordem pública sobre a liberdade de contratar – destaca que esta não é ilimitada. A vontade dos contraentes está subordinada ao interesse coletivo: normas de ordem pública e os bons costumes. As normas de ordem pública fixam as bases jurídicas fundamentais, nas quais a ordem econômica e moral da sociedade se amparam – há aqui defesa dos interesses da coletividade. Já os bons costumes referem-se à moralidade social, exemplo de violação aos bons costumes o contrato que verse sobre corretagem matrimonial.⁷⁹

A autonomia privada é tão importante que pode-se afirmar que o contrato é o seu instrumento, portanto, caso a autonomia fosse tão limitada pela função social, o contrato perderia sua característica inata.

Por fim, merece promoção o Enunciado n. 23 do Conselho da Justiça Federal/STJ, aprovado na I Jornada de Direito Civil, *in verbis*:

“Art. 421: A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, **não elimina** o princípio da autonomia contratual, **mas atenua ou reduz o alcance** desse princípio quando presentes interesses meta-individuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.”⁸⁰ (grifei)

⁷⁸ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Ibidem*, p. 35.

⁷⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: volume 3: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. 11. ed. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 31-32.

⁸⁰ Disponível em [<http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>], acessado em 20 de dezembro de 2017.

3.3. Eficácia do princípio da função social do contrato

O princípio em tela, segundo a doutrina, tem a chamada dupla eficácia: eficácia interna, entre as partes; e eficácia externa, para além das partes.⁸¹ Podendo ser, também, chamados de efeito *intra partes* (ou efeito interno ou subjetivo) e efeito *ultra partes* (ou efeito externo ou transobjetivo).⁸² Tartuce fez excelente trabalho em relação ao estudo da eficácia desse princípio contratual, o qual será agora visto.

O Enunciado n. 360 do Conselho Federal de Justiça/STJ, aprovado na IV Jornada de Direito Civil, dispõe: “O princípio da função social dos contratos também pode ter eficácia interna entre as partes contratantes.”⁸³ Através da leitura desse enunciado, percebe-se que há outra eficácia do princípio em estudo, além da eficácia interna.

3.3.1. Eficácia interna

Ela possui, segundo Tartuce, cinco aspectos principais, como se verá. O primeiro é a “*proteção dos vulneráveis contratuais*”, que, a exemplo do art. 47, do Código de Defesa do Consumidor (CDC), o qual defende a interpretação contratual *pro consumidor*, o art. 423, do CC/2002, concede, nos contratos de adesão, interpretação favorável ao aderente; e o art. 424, também do diploma civil, espelhado pelo art. 51, do CDC, determina a nulidade das cláusulas que causam renúncia antecipada do aderente a um direito resultante da natureza do negócio jurídico. A fim de ilustrar, cita-se, como exemplo, o Enunciado n. 433, do CFJ/STJ⁸⁴, a seguir: “A cláusula de renúncia antecipada ao direito de indenização e retenção por benfeitorias necessárias é nula em contrato de

⁸¹ TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015, p. 572.

⁸² Jorge Júnior assim classifica os efeitos da função social do contrato. Classificação elaborada com base na de Judith Martins-Costa (autor não apresentou referência bibliográfica). JORGE JÚNIOR, Alberto Gosson. **Direitos dos contratos**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 51-55.

⁸³ Disponível em [<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/464>], acessado em 20 de dezembro de 2017.

⁸⁴ Disponível em [<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/312>], acessado em 20 de dezembro de 2017.

*locação de imóvel urbano feito nos moldes do contrato de adesão.”*⁸⁵

A “*vedação da onerosidade excessiva*” ou “*desequilíbrio contratual*” (efeito gangorra), é o segundo aspecto. Pode levar à anulação, arts. 156 e 157, do CC/2002), revisão (art. 317, do CC/2002) ou à resolução contratual.⁸⁶

O terceiro aspecto é a “*proteção da dignidade humana e dos direitos da personalidade no contrato*”. Se há previsão, no contrato, de algo que possa prejudicar a proteção da pessoa humana, esse não prevalece.⁸⁷

A “*nulidade de cláusulas antissociais, tidas como abusivas*” é o quarto aspecto. Aqui, os arts. 187 e 166, II, ambos do CC/2002 complementam o art. 421, do CC/2002. Merece destaque o Enunciado n. 431⁸⁸ (proposto por Branco), que diz: “*A violação do art. 421 conduz à invalidade ou à ineficácia do contrato ou de cláusulas contratuais*”.⁸⁹

Já o quinto aspecto é “*tendência de conservação contratual*”, pelo qual a extinção do contrato é última medida – o que é reforçado pela cláusula geral do art. 421, do CC/2002.⁹⁰

3.3.2. *Eficácia externa*

Por outro lado, a eficácia externa é dividida em apenas dois aspectos principais. O primeiro refere-se à “*proteção dos direitos difusos e coletivos*”, é o que dá sustento à função socioambiental do contrato – como previsto no Enunciado n. 23 do CFJ/STF.

O segundo aspecto trata-se da “*tutela externa do crédito*”, pelo qual efeitos são gerados diante de terceiros ou de condutas de terceiros, por

⁸⁵ TARTUCE, Flávio. *Ibidem* p. 572-573.

⁸⁶ *Idem, Ibidem*, p. 573.

⁸⁷ *Idem, Ibidem*.

⁸⁸ Disponível em [<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/303>], acessado em 20 de dezembro de 2017.

⁸⁹ Op. Cit.

⁹⁰ *Idem, Ibidem*.

exemplo, a responsabilidade do terceiro aliciador, em que este pela “*norma do art. 608 do CC, segundo a qual aquele que aliciar pessoas obrigadas por contrato escrito a prestar serviços a outrem, pagará a este o correspondente a dois anos de prestação de serviços*”.⁹¹

⁹¹ Op. Cit., p. 575.

4. CONTRATOS ELETRÔNICOS

É inegável que, diante dos avanços tecnológicos, o ser humano esteja, a cada dia, mais conectado ao mundo virtual. De acordo com Patricia Pinheiro, existem mais de 800 mil websites, e, por dia, são criados mais de mil *homepages*⁹². Não menos, os brasileiros ocuparam em 2015, a terceira posição no *ranking* mundial em uma pesquisa sobre tempo conectado à *internet* via dispositivos móveis elaborada pela *GlobalWebIndex*⁹³. Constatou-se que os brasileiros ficam conectados aos celulares, em média, aproximadamente, por 3 horas e 40 minutos, todos os dias – atrás apenas da Tailândia e da Arábia Saudita – esse tempo despendido *on-line* triplicou comparando com o ano de 2012.

O número de negócios realizados pela *internet* também cresce consideravelmente, o que torna o contrato eletrônico um assunto de grande importância, já que toma espaço gradativamente no meio virtual e por ser pouco trabalhado pela doutrina. Para ilustrar, a agência internacional *We Are Social* aponta que mais de um quinto da população mundial compra pela internet⁹⁴.

A preocupação com a era digital não é nova. O professor Dr. Cesar Viterbo Matos Santolim, defendeu, com sucesso, sua tese de mestrado, em 13 de dezembro de 1993, na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, cujo título é “Formação e Eficácia Probatória dos Contratos por Computador”, época em que a informática ainda estava sendo introduzida aos brasileiros e ao mundo em geral. Tal dissertação tornou-se, em 1995, livro – ora utilizado como bibliografia no presente trabalho⁹⁵. Santolim preocupou-se com o computador,

⁹² PINHEIRO, Patricia Peck. **Direito Digital**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: 2010, p. 65.

⁹³ Disponível em [<https://blog.globalwebindex.net/chart-of-the-day/fast-growth-nations-clock-up-the-most-hours-for-mobile-web-usage/>], acessado em 19 de dezembro de 2017.

⁹⁴ Levantamento disponível em [<https://wearesocial.com/special-reports/digital-in-2017-global-overview/>], acessado em 19 de dezembro de 2017.

⁹⁵ SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. **Formação e eficácia probatória dos contratos por**

não como um simples instrumento de feitura de contrato, mas para além disso, como se observa:

“O computador pode servir, muitas vezes, como mero recurso informativo, socorrendo-se dele as partes intervenientes na relação contratual apenas para obter dados ou elementos que auxiliem na formação das vontades, sme que participe efetivamente da elaboração do pacto. Nesse caso, o computador tem a mesma função que sempre tiveram outros mecanismos (livros, consultores, fichas etc.), em nada se alterando as regras tradicionais acerca da formação dos contratos. O interesse especial se cria, contudo, e justifica o escopo deste trabalho, quando o computador intervém na formação da vontade e/ou na instrumentalização do contrato, repercutindo nos seus princípios orientadores, quer quanto à conclusão, quer quanto à capacidade de servir como elemento de prova.”⁹⁶

O interesse em tratar dos contratos eletrônicos no presente trabalho, como já dito, se dá pelo fator da ‘desumanização’ do contrato perante o digital. Essa questão foi levantada por Mariana Ribeiro Santiago, em seu livro “O princípio da função social do contrato”, como se destaca, a seguir:

“A contratação por meios eletrônicos é mais um fenômeno moderno onde também se verifica o fenômeno da ‘desumanização’ do contrato, uma impessoalidade no mais alto grau até hoje experimentado. O chamado comércio eletrônico se desenvolve através da internet (*online*), de *e-mail*, com auxílio da TV, do *telemarketing* etc. Em tal mercado, as contratações se realizam a distância, sem a presença física dos contratantes no mesmo lugar, e, geralmente, os termos do contrato são preestabelecidos pela parte economicamente mais forte, à semelhança do que ocorre com os contratos de adesão.”⁹⁷

E também, visto que o contrato é o instrumento de circulação de riqueza, e considerando que, na Era Digital, o bem valioso é a informação⁹⁸, não se pode, portanto, fechar os olhos para os contratos eletrônicos.

4.1. Das definições

computador. São Paulo: 1995.

⁹⁶ *Idem, Ibidem*, p. 24.

⁹⁷ SANTIAGO, Mariana Ribeiro. *Ibidem*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 24.

⁹⁸ Assim ensina Pinheiro: “Na Era Digital, o instrumento de poder é a informação, não só recebida mas refletida. A liberdade individual e a soberania do Estado são hoje medidas pela capacidade de acesso à informação. Em vez de empresas, temos organizações moleculares, baseadas no indivíduo. A mudança é constante e os avanços tecnológicos afetam diretamente as relações sociais. Sendo assim, o Direito Digital é, necessariamente, pragmático e costumeiro, baseado em estratégia jurídica e dinamismo” (PINHEIRO, Patricia Peck. *Ibidem*, p. 70)

“Website”, “internet”, “HTML”, “WWW”, entre outros termos são tão utilizados atualmente, contudo, a maioria de seus usuários não sabe diferenciá-los, muito menos defini-los.

Sobre tais termos, merece trazer trecho da obra de Pinheiro, *in verbis*:

“A origem da internet remonta ao ápice da ‘guerra fria’, em meados dos anos 60, nos Estados Unidos, e foi pensada, originalmente, para fins militares.

Basicamente, tratava-se de um sistema de interligação de redes dos computadores militares norte-americanos, de forma descentralizada. À época, denominava-se ‘Arpanet’. Esse método revolucionário permitiria que, em caso de ataque inimigo a alguma de suas bases militares, as informações lá existentes não se perderiam, uma vez que não existia uma central de informações propriamente dita.

Posteriormente, esse sistema passou a ser usado para fins civis, inicialmente em algumas universidades americanas, sendo utilizado pelos professores e alunos como um canal de divulgação, troca e propagação de conhecimento acadêmico-científico. Esse ambiente menos controlado possibilitou o desenvolvimento da internet nos moldes os quais a conhecemos atualmente.

Entretanto, o grande marco dessa tecnologia se deu em 1987, quando foi convencionada a possibilidade de sua utilização para fins comerciais, passando-se a denominar, então, ‘Internet’.

Na década de 90, a Internet passou por um processo de expansão sem precedentes. Seu rápido crescimento deve-se a vários de seus recursos e facilidades de acesso e transmissão, que vão desde o correio eletrônico (*e-mail*) até o acesso a banco de dados e informações disponíveis na World Wide Web (WWW), seu espaço multimídia.

Tecnicamente, a internet consiste na interligação de milhares de dispositivos do mundo inteiro, interconectados mediante protocolos (IP, abreviação de *Internet Protocol*). Ou seja, essa interligação é possível porque utiliza um mesmo padrão de transmissão de dados. A ligação é feita por meio de linhas telefônicas, fibra ótica, satélite, ondas de rádio ou infravermelho. A conexão do computador com a rede pode ser direta ou através de outro computador, conhecido como servidor. Este servidor pode ser próprio ou, no caso dos provedores de acesso, de terceiros. O usuário navega na internet por meio de um *browser*, programa usado para visualizar páginas disponíveis na rede que interpreta as informações do *website* indicado, exibindo na tela do usuário textos, sons e imagens. São *browsers* o MS Internet Explorer, da Microsoft, o Netscape Navigator, da Netscape, entre outros.”⁹⁹

Não se pode confundir *internet* com *web*. *Web*, abreviação de *World Wide Web* (WWW), é um serviço, uma ferramenta que garante o acesso à *internet*. Ela possui uma linguagem própria, conhecida como HTML.¹⁰⁰

⁹⁹ *Idem, Ibidem*, p. 58-59.

¹⁰⁰ MARTINS, Guilherme Magalhães. **Formação dos contratos eletrônicos de consumo via**

Quanto à terminologia, Cíntia Rosa Pereira de Lima diz que se pode utilizar diversas terminologias para designar o negócio jurídico em estudo, como, por exemplo, *contratos virtuais*, *contratos por computador*, *contratos on-line*, *contratos eletrônicos*, *negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico* – sendo essa última a mais usada.¹⁰¹

4.2. Considerações sobre contrato eletrônico

4.2.1. Conceito de contrato eletrônico

Primeiramente, faz-se necessário apontar que, segundo Guilherme Magalhães Martins, contratos eletrônicos não se tratam de um novo tipo contratual ou categoria autônoma, mas apenas uma nova técnica de formação contratual¹⁰², por isso, adiante, tratar-se-á da formação do contrato digital.

No mesmo sentido leciona Sérgio Gonçalves, cuja definição merece reprodução:

“Tecnicamente, o contrato via *Internet*, é um contrato entre ausentes e será válido se respeitar os requisitos básicos para a existência de qualquer contrato: duas ou mais pessoas, a livre manifestação de vontade e capacidade civil para o ato que está sendo praticado. É necessário ainda que este contrato verse sobre o objeto lícito e respeite as formalidades que a lei estipular de acordo com seu objeto (para os contratos em que a lei exige atos solenes como documentos escritos, assinados ou originais não será possível, com o que temos hoje, celebrar um contrato via *Web*), mas não há que se falar em não validade do contrato eletrônico unicamente por ele não estar impresso em uma folha de papel.”¹⁰³

Internet. Rio de Janeiro: 2003, p. 45

¹⁰¹ LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. “**Contratos de adesão eletrônicos (shrink-wrap e click-wrap) e os termos de condições de uso (browse-wrap)**”. In LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles (Coord.). **Estudos avançados de direito digital**. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 107.

¹⁰² MARTINS, Guilherme Magalhães. **Formação dos contratos eletrônicos de consumo via Internet**. Rio de Janeiro: 2003, p. 2.

¹⁰³ GONÇALVES, Sérgio Ricardo Marques. “*O comércio eletrônico e suas implicações jurídicas*”. In BRUM, Renato M. S. Opice (coord.) e outros. *Direito eletrônico: a internet e os tribunais*. Bauru (SP): EDIPRO, 2001, p. 232.

De igual maneira, pensa Paulo Nader, o qual diz que a principal diferenciação do contrato eletrônico, em relação aos demais contratos, é a de que sua declaração de vontade expressa se dá em rede de computadores – através da internet –, entre pessoas ausentes¹⁰⁴. O autor também alerta que o contrato eletrônico, por si só, é limitado quanto ao seu uso. Por exemplo, não serve para aperfeiçoamento de contrato real, porque nestes imperiosa é a *traditio*. Então, podem se formar no meio eletrônico apenas contratos consensuais, posto requisitarem, exclusivamente, de declaração de vontade. Também, o contrato eletrônico sofre limitação, quando objetivar constituir, transferir, modificar ou renunciar direitos reais sobre imóveis que pressupõem escritura pública, já que exigem solenidade¹⁰⁵.

São escassas as obras de autores civilistas em que os contratos eletrônicos recebem especial atenção. Tartuce¹⁰⁶, por exemplo, em seu “Manual de direito civil: volume único”, apenas faz referência aos contratos em estudo, diz apenas que o contrato eletrônico se trata de contrato atípico nos moldes do art. 425 do CC/2002¹⁰⁷.

4.2.2. Formação dos contratos eletrônicos

Mesmo que para a formação do contrato eletrônico se utilize de um meio ímpar, as regras de sua formação são as mesmas regras dos contratos tradicionais.¹⁰⁸

Antes da formação do contrato eletrônico, há a sua fase pré-contratual, cujo início [em geral para os contratos de consumo] se dá com a oferta ou

¹⁰⁴ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: volume 3: contratos**. 8. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 571.

¹⁰⁵ *Idem, Ibidem*, p. 570.

¹⁰⁶ TARTUCE, Flávio. *Ibidem*, p. 226.

¹⁰⁷ Art. 425. É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código.

¹⁰⁸ ROCHA, Denise Rodrigues Casarin da. **Os contratos eletrônicos diretos e a proteção dos direitos do consumidor**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012, p. 37.

proposta pública virtual. Em *sites*, pode-se encontrar diversas publicidades, assim como em *e-mail* ou em *spams*¹⁰⁹ enviados ao indivíduo¹¹⁰ – mas há outras vias de manifestação de vontade negocial, como os *links* enviados por aplicativos.

O contrato se dá por formado quando houver a convergência de vontades, a qual, pela via eletrônica, se dá quando uma das partes faz a oferta de contratar e a outra manifesta aceitação¹¹¹.

Pinheiro elenca algumas peculiaridades dos contratos eletrônicos, as quais devem ser tomadas com atenção especial, *in verbis*:

“a) indicação clara das responsabilidades de todos os participantes da cadeia de relações envolvida, principalmente porque a Internet privilegia as relações em rede, com vários coparticipantes e especial atenção nos direitos do consumidor final; b) estabelecer uma política de informação clara; c) política de segurança e privacidade; d) cláusula de arbitragem; e) territorialidade, estabelecendo os limites geográficos de ação de cada envolvido; f) relação dos parceiros envolvidos no negócio; g) no caso de os produtos transacionados envolverem tecnologia, estabelecer as responsabilidades por *upgrades* e obsolescência.”¹¹²

No que tange ao local da formação desses contratos, rege-se o previsto no art. 435 do CC/2002¹¹³, *in verbis*:

“Art. 435. Reputar-se-á celebrado o contrato no lugar em que foi proposto.”

Caso o contrato envolva partes em diferentes países, vige o disposto no art. 9º, *caput*, do Decreto-Lei nº 4.657/1942 (Lei de Introdução às normas Direito

¹⁰⁹ Chama-se *spam* aquela mensagem eletrônica comercial não solicitada. Cf. MARTINS, Guilherme Magalhães. **Formação dos contratos eletrônicos de consumo via Internet**. Rio de Janeiro: 2003, p. 51.

¹¹⁰ ROCHA, Denise Rodrigues Casarin da. **Os contratos eletrônicos diretos e a proteção dos direitos do consumidor**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012, p. 37.

¹¹¹ ANDRADE, Ronaldo Alves de. **Contrato eletrônico: no novo código civil e no código de defesa do consumidor**. Barueri: Manoele, 2004, apud ROCHA, Denise Rodrigues Casarin da. *Ibidem*, p. 39.

¹¹² PINHEIRO, Patricia Peck. **Direito Digital**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: 2010, p. 416-419.

¹¹³ MARTINS, Guilherme Magalhães. **Formação dos contratos eletrônicos de consumo via Internet**. Rio de Janeiro: 2003, p. 125.

Brasileiro), o qual estipula o a utilização da legislação do país em que a obrigação se constituir, e no seu § 2º, cujo texto, assim dispõe: “A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.”.¹¹⁴

4.2.3. Tipos de contratos eletrônicos

Assim como nos ‘contratos convencionais’, os contratos eletrônicos podem ser divididos em tipos. Pinheiro¹¹⁵, por exemplo, apresenta duas formas: *contratos-tipo* e *contratos específicos*. O contrato-tipo é feito por apenas uma das partes contratuais, cabendo à outra parte, apenas aderir incondicionalmente – há, nele, evidente desigualdade quanto à barganha. Os contratos de agências bancárias e os de revendedores para com seus consumidores são exemplos de contratos-tipo. Já o segundo tipo se caracteriza pela sua elaboração específica, ou seja, realizada caso a caso.

Porém, mesmo defendendo esses dois tipos de contratos eletrônicos, Pinheiro não deixa de mostrar a classificação de Robson Ferreira¹¹⁶, o qual divide-os em *intersistêmicos*, *interpessoais* e *interativos*.

Os contratos em que a contratação realiza-se entre sistemas aplicativos pré-programados – cabe destacar que são contratos *sem qualquer ação humana* –, são chamados contratos eletrônicos intersistêmicos. Eles são comuns entre pessoas jurídicas, por exemplo, nas relações comerciais de atacado.¹¹⁷

¹¹⁴ *Idem, Ibidem.*

¹¹⁵ PINHEIRO, Patricia Peck. *Ibidem*, p. 416-417.

¹¹⁶ A autora não indicou a bibliografia, apenas apontou o nome do autor. Provavelmente, seja da seguinte obra: FERREIRA, ROBSON. *Textos acadêmicos*, dez. 2001 *apud* PINHEIRO, Patricia Peck. **Direito Digital**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: 2010, p. 416-417, nota de rodapé n. 397.

Sheila do Rocio Cercal Santos Leal também adota essa classificação contratual. Cf. LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. “**Contratos de adesão eletrônicos (shrink-wrap e click-wrap) e os termos de condições de uso (browse-wrap)**”. In LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles (Coord.). **Estudos avançados de direito digital**. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 108.

¹¹⁷ *Idem, Ibidem.*

Já os contratos eletrônicos interpessoais são aqueles em que, necessariamente, há interação humana nos dois polos, mas através de meio virtual. Ferreira subdivide esses contratos em *simultâneos* e *não simultâneos*. Simultâneos são realizados por ambas as partes conectadas simultaneamente (celebração *on-line*), análogos aos contratos por telefone. Os não simultâneos se distinguem pelo lapso temporal entre a declaração de vontade de uma das partes e a recepção desta pela outra, análogos aos contratos celebrados por correspondência.¹¹⁸

Por fim, os contratos eletrônicos interativos caracterizam-se por neles haver relação entre uma pessoa e um sistema previamente programado.¹¹⁹

A maioria dos contratos eletrônicos são de adesão, consequência da “despersonalização do contrato” – perda de contato físico entre as partes. Sendo grandes exemplos os contratos *shrink-wrap* e *click-wrap*.¹²⁰

Por contrato de adesão entende-se ser um ‘contrato previamente pronto’, restando ao contratante apenas preencher os espaços referentes a sua identificação no mesmo – só pode, desta forma, ser um contrato escrito.¹²¹

Já Souza classifica os contratos celebrados via tecnologia moderna em eletrônico, telemático e informático.¹²² No primeiro, o acordo de vontades “se manifesta por meio de recursos audiovisuais de uma rede de telecomunicações” – o autor diz que também se enquadram nessa categoria os contratos feitos por telefone, fax, entre outros meios tecnológicos modernos.¹²³ O contrato

¹¹⁸ *Idem, Ibidem.*

¹¹⁹ *Idem, Ibidem.*

¹²⁰ LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. “**Contratos de adesão eletrônicos (shrink-wrap e click-wrap) e os termos de condições de uso (browse-wrap)**”. In LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles (Coord.). **Estudos avançados de direito digital**. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 105-106.

¹²¹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 99.

¹²² SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Lesão nos contratos eletrônicos na sociedade da informação: teoria e prática da juscibernética ao Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 55.

¹²³ *Idem, Ibidem*, p. 55.

telemático é uma espécie de contrato eletrônico, todavia, o seu objeto é bem informatizado e há apenas o uso de computador para a convergência de vontades.¹²⁴ O contrato informático é aquele em que o acordo de vontades não pode ter sido ajustado por meio eletrônico ou virtual, mas tem como objeto um bem ou serviço informático – pode ser, por exemplo, sobre programas de computador – somente o seu objeto se relaciona às novas tecnologias, por isso o autor assevera que esse tipo contratual não se trata de contrato eletrônico em seu sentido estrito.¹²⁵

4.3. Princípio da função social no contrato eletrônico

“Não importa se em um primeiro momento as novas práticas não se encaixam nos princípios jurídicos estereotipados, pois a ordem jurídica há de se recompor para manter-se como estímulo ao progresso e não como obstáculo ao câmbio social [...]. Não há fato social, por mais inusitado que seja, que não encontre o seu equacionamento jurídico, calcado nos princípios gerais de Direito ou na analogia.”¹²⁶

Desenvolvendo o raciocínio de Paulo Nader¹²⁷, os novos métodos contratuais não alteram os princípios que incidem no negócio jurídico. Em verdade, continua o autor, causa somente criação de normas que dão trato específico às peculiaridades que surgem. Ou seja, nas diferentes formas contratuais, são aplicadas, de igual maneira, as disposições gerais.

Ora, se os demais princípios são aplicados a todos os tipos contratuais, não seria diferente em relação à função social. Nader, ao tratar da função social do contrato, o faz juntamente com o princípio da autonomia da vontade, dizendo que “a liberdade de contratar alcança tanto os contratos *nominados* quanto os *inominados*”. E mais, diz que pelo art. 425 do CC, os contratos atípicos mantêm validade, mas não deixam de se submeterem aos princípios gerais contratuais.¹²⁸

¹²⁴ *Idem, ibidem*, p. 55.

¹²⁵ *Idem, ibidem*, p. 56.

¹²⁶ NADER, Paulo. *Ibidem*, p. 570.

¹²⁷ *Idem, ibidem*, p. 570.

¹²⁸ *Idem, ibidem*, p. 25.

Ainda nesse raciocínio, encontra-se Denise Rodrigues Casarin da Rocha, que, em sua dissertação de mestrado “Os contratos eletrônicos e a proteção dos direitos do consumidor”, concluiu que os princípios tradicionais devem ser enquadrados nas novas questões, na medida em que vão surgindo, como os contratos eletrônicos, uma vez que não há, ainda, nada juridicamente definido sobre a matéria.¹²⁹

Como já exposto, o contrato eletrônico se diferencia pelo seu meio de formação diferenciado, ou seja, como bem disse Santolim, “*nada traz de ‘novo’ ao que já se sabe em matéria de formação dos contratos e da eficácia probatória de seus instrumentos*”. Para ele, cabe, diante da insuficiência das fontes tradicionais do direito, usar-se da hermenêutica, a fim de adaptar-se a novidade, e, é claro, faz-se necessário o processo de adequação dessas inovações às necessidades do direito.¹³⁰

Denise da Rocha, ao se debruçar sobre a história do direito, percebe que já houve adequações do regime jurídico vigente em situações análogas, como quando surgiu o telefone, fax, comércio por cartas, etc.

Deste modo, mesmo que não expresso, o princípio da função social do contrato incide, indubitavelmente, sobre os contratos eletrônicos, bastando, como dito, habilidade para se aplicar a cláusula geral nas inovações.

Em verdade, a maior preocupação para este pesquisador é em relação aos contratos intersistêmicos, contratos elaborados entre sistemas pré-programados, ou seja, há aqui o uso da Inteligência artificial. Como fica a vontade humana nesses contratos? E a preocupação com o princípio da socialidade?

Souza discorreu sobre a questão da vontade diante das novas tecnologias. Ele entende que inteligência artificial “*é o método de reflexão e adoção de soluções por programas de computador não previstos anteriormente*

¹²⁹ ROCHA, Denise Rodrigues Casarin da. *Ibidem*, p. 24.

¹³⁰ SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. *Ibidem*, p. 24.

pela vontade humana". Defende, portanto, o autor que a máquina é capaz de solucionar questões novas não previstas pelo ser humano. E, ainda, ressalta que está presente a vontade humana nas ações da máquina, pois o programador é quem dita a diretriz da mesma. Todavia, Souza defende que a contratação *exclusivamente* cibernética deve ser considerada inexistente, posto que não há vontade humana.¹³¹ Souza também levanta diversos questionamentos sobre o futuro do direito com o advento da tecnologia, mas os deixa em aberto, como este pesquisador deixa.

Esse autor, ao tratar da função social do contrato, entende que se trata de um requisito indispensável para a validade do contrato, contudo, como cláusula geral, trata-se de um limitador da liberdade de contratar e a limitação à liberdade de contratar se restringe à socialidade, a qual deve incidir sobre os contratos eletrônicos.¹³²

Saindo da doutrina e adentrando a prática, a busca na jurisprudência, no Superior Tribunal de Justiça, concernentes à matéria, não restou frutuosa, pois não foi encontrado julgado em que envolvesse contrato eletrônico (ou digital) e os princípios contratuais, muito menos foi localizado caso sobre o princípio da função social do contrato. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul também não se mostrou frutuoso para o trabalho em tela, todavia, *a fim de não deixar de apresentar, pelo menos, um julgado sobre contratos eletrônicos*, far-se-á análise da Apelação Cível nº 70013028261, de relatoria do Exmo. Sr. Des. Dálvio Leite Dias Teixeira, julgado em 30 de março de 2006, cuja ementa é aqui transcrita:

“AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTO. CONTRATO ELETRÔNICO. INEXISTÊNCIA DE FORMA ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO.

Em se tratando de contrato eletrônico interpessoal, no qual as partes interagem na manifestação de suas vontades, para a formação do próprio vínculo, independentemente de forma especial, não há como exigir-se a apresentação do contrato por parte da demandada, até porque a própria demandante demonstra que os termos do contrato foram livremente deliberados mediante proposta e aceitação por meio de correio eletrônico.

Apelo desprovido.”

¹³¹ *Idem, ibidem*, p. 62-64.

¹³² *Idem, ibidem*, p. 164-165.

Trata-se de apelação cível interposta por Vídeo System Ltda. contra sentença que extinguiu, sem julgamento de mérito, a ação cautelar de exibição de documentos por conta da impossibilidade material de a requerida, Brasil Telecom S.A. exibir a documentação, posto que os contratos foram feitos por e-mail.

Alegou a Vídeo System que foi cadastrada na SERASA, de modo que questionou a sua provedora de internet sobre os valores contratados, todavia, não mais possui o contrato, por isso requereu em juízo cópia do instrumento contratual, o qual, sustenta existir.

O relator verificou que se cuida de contrato eletrônico interpessoal – ou seja, com interação na manifestação de suas vontades. Ressaltou que, quando a forma contratual não é essencial, não se pode exigir a existência do mesmo. Declarou que os documentos juntados aos autos não se prestaram para dar suporte ao apelo, bem como não restou provado que houve o alegado requerimento administrativo de cópia dos documentos. Por tais razões, foi negado provimento ao apelo.

O acórdão se destaca pelo trecho colacionado da doutrina de Erica Brandini Bargalo, em cuja obra *Contratos eletrônicos*¹³³, dedicou-se à classificação dos contratos eletrônicos. Ela classifica como interpessoais os contratos celebrados por computador (como meio de comunicação entre os contraentes) – categoria que se destaca pela interação humana nos dois extremos da relação.

Esses contratos podem ser divididos em simultâneos, celebrados em tempo real, quando ambas as partes estão conectadas, ao mesmo tempo, à rede. Por exemplo, contrato firmado através de videoconferência. Entende que essa categoria pode se dizer que é celebrada entre presentes, porque há possibilidade de resposta imediata – a declaração de vontade de uma parte é

¹³³ BARBAGALO, Erica Brandini. **Contratos eletrônicos: contratos formados por meio de redes de computadores : peculiaridades jurídicas da formação do vínculo** – São Paulo : Saraiva, 2001, p. 53-54.

recebida pela outra, no mesmo momento em que é declarada (ou em um curto lapso temporal) –, e com base no disposto no art. 428, inciso I, do CC/2002:

“Art. 428. Deixa de ser obrigatória a proposta:
I - se, feita sem prazo a pessoa presente, não foi imediatamente aceita.
Considera-se também presente a pessoa que contrata por telefone ou por meio de comunicação semelhante;
[...].”

Já os contratos eletrônicos interpessoais são aqueles em que há lapso temporal entre a declaração de uma parte e a recepção desta pela outra parte – a não, portanto, a declaração e a recepção da manifestação da vontade não são simultâneas.¹³⁴

¹³⁴ *Idem, Ibidem. Apud* Apelação Cível nº 70013028261.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ser humano é atraído pelo dinheiro, busca, com afinco, angariar patrimônio, por isso, válido o seguinte provérbio: “*Quem ama o dinheiro jamais terá o suficiente*”. Acontece que a história atesta uma revolução: o abandono (assim se espera) da filosofia individualista e o desenvolvimento do princípio da socialidade.

Pretendeu a presente monografia apresentar a função social do contrato, um assunto de grande importância, porém tão mal tratado por juristas, inclusive por alguns de renome, no sentido de que insuficientemente o estudam. Parte deles entendem que tal princípio inovou ao limitar a autonomia privada. Acontece que, até na concepção clássica, os princípios nunca foram ilimitados.

Tanto a doutrina, quanto a jurisprudência não são uníssonas em relação aos aspectos da função social do contrato. Uns defendem que o contrato deve ser não somente um instrumento de circulação de riquezas, mas também de inclusão social. Outros defendem que, diante da função social, as partes contraentes têm sua liberdade igualadas/limitadas.

Percebeu-se que sobre limitação, o princípio da função social não é o único que limita a autonomia da vontade, a boa-fé objetiva é um exemplo, a qual faz com que o negócio jurídico seja recondicionado para eliminar distorções. Outro exemplo é a onerosidade excessiva, provinda do art. 478 do CC/2002.

Miguel Reale, inegavelmente, demonstrou preocupação com a realidade social, destacando-se como defensor do princípio da socialidade, entretanto, imperioso dizer que há limites nos limites da função social, principalmente quando se quer fazer do contrato um meio de assistencialismo, utilizá-lo como meio de solução social. Ocorre que não é este o fim da função social do contrato, o qual causaria abuso de direito.

Ao passo que a socialidade vai avançando, a tecnologia, de modo incrível, também se desenvolve. Diante da globalização e da forte política de inclusão digital, o ser humano, cada dia, está mais conectado ao mundo virtual.

No mesmo caminho encontra-se o comércio eletrônico, sendo um instrumento muito utilizado o contrato eletrônico. Similar ao contrato 'convencional', mas distinto em sua formação realizada no meio eletrônico e entre partes 'ausentes'.

Como é distinto apenas na sua formação, os princípios que dirigem os demais contratos são incidentes nos contratos eletrônicos. Já que esses contratos estão sendo chamados por juristas como 'contratos desumanizados', o princípio da função social torna-se mais que necessário.

O presente trabalho não esgotou o tema, muito há para falar sobre função social, como a sua aplicação na relação de consumo (no direito do consumidor), porquanto o princípio encontra-se implícito na Lei 8.078/1990, podendo ser depreendido dos arts. 46, 47, 51, 52 e 53, desse diploma legal. É também noticiado no ramo do direito do trabalho.

Por se tratar de cláusula geral, o artigo 421, do CC/2002, permite a recepção de imensa gama de condutas tipificáveis, de modo que o magistrado, frente ausência de previsão de penalização para o seu descumprimento, fará uso do arbítrio – dentro dos limites e observando o bem comum. Podendo, assim, a justiça contratual e a segurança jurídica manter-se-ão em harmonia.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça; VENOSA, Sílvio de Salvo. **Código Civil Anotado e Legislação complementar**. São Paulo: Atlas, 2004.

BETTI, Emílio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**, tomo I. Tradução e anotações de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **As origens doutrinárias e a interpretação da função social dos contratos no Código Civil Brasileiro**. Junho de 2006. 407 f. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2006.

_____. **Função Social dos Contratos: interpretação à luz do Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. **Novo Código Civil comparado: Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Organizado por Norberto Oya. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 2002, p. 209.

BRASIL. **Novo código civil: exposição de motivos e texto sancionado**. 2. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2005.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: volume 3: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. 11. ed. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 1996.

ENCYCLOPAEDIA BRITANNICA DO BRASIL. **Dicionário brasileiro da língua portuguesa**, tomo II. 16. ed. São Paulo: Companhia Melhoramentos, 2000.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume 4: contratos**, tomo I. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 49; 79-97.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: volume 3: contratos e atos unilaterais**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Sérgio Ricardo Marques. “*O comércio eletrônico e suas implicações jurídicas*”. In BRUM, Renato M. S. Opice (coord.) e outros. *Direito eletrônico: a internet e os tribunais*. Bauru (SP): EDIPRO, 2001.

JORGE JÚNIOR, Alberto Gosson. **Direitos dos contratos**. São Paulo: Saraiva, 2013.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. “**Contratos de adesão eletrônicos (shrink-wrap e click-wrap) e os termos de condições de uso (browse-wrap)**”. In LIMA,

Cíntia Rosa Pereira de; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles (Coord.). **Estudos avançados de direito digital**. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011

MARIGHETTO, Andrea. **O acesso ao contrato: sentido e extensão da função social do contrato**. São Paulo: Quartier Latin, 2012

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARTINS, Guilherme Magalhães. **Formação dos contratos eletrônicos de consumo via Internet**. Rio de Janeiro: 2003.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: volume 3: contratos**. 8. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Novo código civil e legislação extravagante Anotados**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 180.

PELUSO, Cezar (Coord.). **Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência: Lei n. 10.406, de 2002**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Manole, 2010.

PINHEIRO, Patricia Peck. **Direito Digital**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: 2010.

ROCHA, Denise Rodrigues Casarin da. **Os contratos eletrônicos diretos e a proteção dos direitos do consumidor**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012.

SANTIAGO, Mariana Ribeiro. **O princípio da função social do contrato**. Curitiba: Juruá, 2005

SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. **Formação e eficácia probatória dos contratos por computador**. São Paulo: 1995.

SANTOS, Antônio Jeová. **Função Social do contrato**. 2. ed. São Paulo: Método, 2004.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Lesão nos contratos eletrônicos na sociedade da informação: teoria e prática da juscibernética ao Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2009.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

TEPEDINO, Gustavo. “O Princípio da Função Social no Direito Civil Contemporâneo”. In NEVES, Thiago Ferreira Cardoso (Coord.). **Direito & justiça social: por uma sociedade mais justa, livre e solidária: estudos em**

homenagem ao Professor Sylvio Capanema de Souza. São Paulo: Atlas, 2013.

THEODORO JÚNIOR, HUMBERTO. **O contrato e seus princípios.** Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001.

_____. **O contrato e sua função social.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.