

**UNIVERSIDADE DO ESTADO DE MATO GROSSO
CAMPUS UNIVERSITÁRIO DE PONTES E LACERDA
FACULDADE DE DIREITO**

ROBSON BARBOSA DE ARAUJO

APLICAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

PONTES E LACERDA - MT

2021

ROBSON BARBOSA DE ARAUJO

APLICAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

Monografia apresentada ao curso de Bacharelado em Direito da Universidade do Estado do Mato Grosso como pré-requisito parcial à obtenção do título de Bacharelado em Direito.

Orientador: Prof. Flávia Adriano de Sá

PONTES E LACERDA - MT

2021

ROBSON BARBOSA DE ARAUJO

APLICAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

Monografia apresentada como exigência
para obtenção do título de Bacharel em
Direito pela UNEMAT - Universidade do
Estado de Mato Grosso.

Pontes e Lacerda, __ de __ de 2021

BANCA EXAMINADORA

Prof. Flávia Adriano de Sá
Orientadora

Gean Carlos Balduino Junior
Examinador

Diego Jesus Aparecido Ribeiro
Examinador

Dedicatória

Dedico este trabalho primeiramente a Deus, aos meus familiares e amigos, que me apoiaram durante essa jornada. Dedico ainda a todos os Professores que compartilharam seus conhecimentos comigo.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus por sempre estar presente na minha vida e abençoar minhas decisões.

Agradeço de forma especial a minha mãe a Sra Celira Maria Barbosa por ser a pessoa que me incentivou e sempre me apoiou em relação aos meus estudos e por incentivar a buscar meus objetivos pessoais.

Agradeço aqui meus irmãos Marlucia Barbosa, Anderson Barbosa e Anderlúcia Barbosa por sempre me apoiar e me aconselhar nas minhas tomadas de decisões pelo carinho, parceria, companheirismo e cumplicidade.

Aos amigos que constitui durante o curso que foram muito importantes nesta jornada e em especial a Maria Irene, Laura, Alessandro, Ester e Raysa que me apoiaram num momento de difícil em razão de problemas de saúde e por deixar este momento mais leve.

Agradeço em especial a turma de amigos que fiz chamada os Coys e a Vitória que me proporcionaram muitos momentos descontraídos durante o curso.

Agradeço ainda a todo corpo docente a qual contribuiu para minha formação e pelo conhecimento a qual me foi passado.

Epígrafe

A moralidade resulta de falhas de mercado. O primeiro passo para tornar essa exigência boa é mostrar que o mercado perfeito, se existisse, geraria uma área moral livre, área dentro da qual as restrições de moralidade não encontrariam espaço” (David Gauthier)

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo analisar a aplicabilidade da função social do contrato ao longo do tempo e identificar a mudança interpretativa sobre a função social do contrato. A transformação na teoria geral do contrato instaurou a criação de preceitos que objetivam sobrelevar o interesse social acima do interesse individual. É relevante analisar como uma decisão judicial entre as partes pode refletir no cenário econômico de um todo. Porque o princípio da função social é de suma importância nas relações civis contratuais.

Palavras-chave: Função Social; Contrato; Modelo de direito Contratual.

ABSTRACT

This research aims to analyze the applicability of the social function to long term contract and identify the interpretive change on the social function of the contract. The transformation in the contract general theory introduced the creation of precepts, that aim to elevate the social interest above the individual interest. It is relevant to analyze how a court decision between parts could reflect on the economic scenario as a whole. Because the principle of social function is a paramount importance in contractual civil relations.

Keywords: Social; Function; Contract; Contract Law Model.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 DOS CONTRATOS	11
1.1 CONCEITO DE CONTRATO	11
1.2 Modelo Liberal de Contrato e Dogma da Vontade	12
1.3 Dogma da vontade	13
2 PRISMA SOLIDARISTA DE CONTRATO	16
2.1 Mudança no posicionamento do Estado-juiz	17
3 DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO	19
3.1. Excessiva intervenção do Estado	23
4 A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO NA JURISPRUDÊNCIA	27
4.1 Aplicação da Função Social no julgado	27
4.2 Novo modelos de interpretação	32
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	35
REFERÊNCIAS	36

INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea vive em constante evolução e aprendizado é possível visualizar esta dinâmica no Direito através das evoluções doutrinárias, reformulações e interpretações de leis e não é diferente no mundo dos contratos, que ao longo dos anos esteve em constante transformação, antes visto na sociedade como mero pacto e com o Direito Romano passou a ganhar reconhecimento diante do Estado e nos dias atuais pode ser celebrado de diversas formas de acordo com nosso Código Civil.

Os acordos sempre fizeram parte da sociedade antes mesmo do reconhecimento e proteção estatal. Com o desenvolvimento da sociedade o pacto comercial ganhou atenção e proteção especial do Estado, uma vez que o contrato é a base para transações comerciais e que quanto mais contratos comerciais são elaborados maior é a circulação de riquezas na comunidade.

Assim, o presente trabalho tem por objetivo analisar a evolução doutrinária do direito contratual e quais estão surgindo, como as doutrinas se relacionam com o contrato de fato e como surgiu a função social do contrato, inserido no Código Civil de 2002, para alcançar os objetivos definidos o trabalho divide-se em quatro capítulos.

No primeiro capítulo abordaremos o conceito de contrato, seu surgimento, sua evolução histórica, o modelo de contrato no Estado Liberal, bem como a aplicação do juízo diante de um caso concreto, aspectos estes que servirão como base auxiliar necessária para o total entendimento do teor deste trabalho.

Abordaremos no segundo capítulo o novo viés doutrinário do solidarismo jurídico, o que se mantém até os dias atuais, buscaremos identificar o que solidarismo jurídico espera do contrato e como este trouxe ferramentas importantes para o Código Civil de 2002, como exemplo as cláusulas gerais.

No terceiro capítulo destacaremos como o princípio da função social é aplicada pelo viés solidarista, conceitos estes que servirão de norte para a compreensão desse princípio através da análise sistêmica e econômica do direito.

Por fim, no quarto capítulo traremos novas correntes doutrinárias que estão surgindo em resposta ao solidarismo jurídico, as novas doutrinas têm como viés maior o equilíbrio do contrato com o sistema em sua volta, as novas correntes que serão abordadas é análise sistêmica e a análise econômica do direito (AED).

Será empregado o método de pesquisa dedutivo e qualitativo, utilizando-se da pesquisa documental através de análise bibliográfica de doutrinas, legislações, jurisprudências, relacionados ao tema.

1 DOS CONTRATOS

1.1 CONCEITO DE CONTRATO

Desde o princípio o homem se relaciona com outros sujeitos com objetivo de firmar negócios, no início da sociedade as transações eram realizadas através de trocas.

Os tipos de trocas efetivadas tinham valores equivalentes e geralmente o objeto da troca era o excesso de sua produção e suas relações eram com sujeitos próximos, as transações eram realizadas por meio de permutas ou trocas equivalentes entre si, afirma Gonçalves *“A origem histórica e remota do contrato de compra e venda está ligada à troca. Efetivamente, numa fase primitiva da civilização predominava a troca ou permuta de objetos”* (GONCALVES, 2020, p, 69),

Os primeiros acordos eram cumpridos de forma instantânea e caso houvesse algum compromisso com entrega futura a formalização era realizada de forma verbal e o cumprimento da obrigação era cobrado pelas próprias partes. Com o desenvolvimento da sociedade restou claro a necessidade de regular esta matéria, as primeiras citações do contrato podem ser observadas no Direito Romano.

A partir deste momento o acordo que antes era celebrado entre as partes transformou-se em um vínculo obrigacional reconhecido pelo Estado, o modelo romano deu início ao estudo do contrato pelos juristas e desde então sofreu influências em vários momentos históricos até nos levar ao contrato como conhecemos hoje ao qual é conceituado por Tartuce como:

O contrato é um ato jurídico bilateral, dependente de pelo menos duas de duas declarações de vontade, cujo objetivo é a criação, a alteração ou até mesmo a extinção de direitos e deveres de conteúdo patrimonial. Os contratos, são em suma, todos os tipos de convenções ou estipulações que possam ser criadas pelo acordo de vontades e por outros fatores acessórios. (TARTUCE, 2020, p, 1)

Desta forma é possível identificar que a base para o reconhecimento do contrato perante o Estado é a declaração de vontade das partes, conceito este que foi moldado de acordo com a evolução dos modelos doutrinários sobre contrato, o primeiro modelo doutrinário que o Estado aderiu foi o modelo liberal que surgiu após a Revolução francesa.

1.2 Modelo Liberal de Contrato e Dogma da Vontade

A ascensão da Revolução Francesa do século XVII trouxe uma abrupta mudança na sociedade em diversas áreas a começar pela queda do chamado período medieval, esta mudança iniciou com o crescimento populacional o que limitou a auto suficiência dos feudos fazendo com que aumentassem a interação com outros sujeitos para conseguir suplementos que faltavam em suas terras, isso acarretou a um aumento das trocas comerciais dando início a burguesia e valorização dos centros comerciais, desenvolvendo assim as cidades.

Com a transição da população dos feudos para a cidade e com essa nova experiência de liberdade obtida fora dos domínios feudais trouxe a população o anseio para buscar a liberdade frente ao Estado Absolutista culminando na revolução ao qual acarretou o fim do sistema medieval, alterou a ordem econômica, deu início ao capitalismo, fomentou o desenvolvimento comercial, industrial, alocou o homem como centro do universo e surgiram os fundamentos da liberdade, fraternidade e igualdade.

A revolução impôs a queda do modelo absolutista e trouxe limitação ao poder do Estado, um dos principais feitos dessa época é a declaração do direito do homem e alocação do homem como centro do universo, neste aspecto o homem era livre para fazer tudo desde que não ferisse lei, antes estipulada.

Este ideal de liberdade refletiu no mundo jurídico e desta forma os estudiosos do direito firmaram a ideia do liberalismo contratual que replicava a ideia a qual o Estado não deveria intervir no negócio jurídico, uma vez que o contrato era uma expressão da liberdade das partes e cada sujeito era livre para negociar o que seria melhor para si, portanto não cabia intervenção do Estado no pacto firmado pelas partes.

Baseado nesta liberdade contratual e com o aumento das relações comerciais devido ao início do capitalismo a ótica liberal do contrato fundamentou-se no respeito máximo a vontade das partes, o que ficou conhecido como dogma da vontade, este momento da doutrina liberal se fez necessário porque houve uma mudança nos tipos de interações entre os sujeitos, estendendo a negociação com terceiros em que cada parte desejava o melhor para si, a interpretação do contrato pelo dogma da vontade assegurava o cumprimento do contrato, como alega North:

A terceira forma de troca é a troca impessoal com imposição de cumprimento por uma terceira parte. Ela tem sido o sustentáculo fulcral das economias modernas bem sucedidas, às voltas com as contratações complexas que se fazem necessárias para o crescimento econômico moderno. (NORTH, 2018, p 66)

Sendo assim a imposição do cumprimento pelo judiciário firmado no dogma da vontade acelerou as relações interpessoais, pois os indivíduos viam no sistema jurídico uma segurança para negociar com terceiros, ademais sabemos que a busca dos sujeitos nas relações comerciais é alcançar maior lucro possível sobre aquela transação, sem que ninguém se sinta injustiçado, uma vez que as informações sobre as transações se encontrava no contrato firmado, Hobbes afirma que:

Pois se eu vender os meus bens ao mais alto preço que por eles possa obter, não estarei causando injustiça ao comprador, que os quis e a mim solicitou [...] por natureza somos todos iguais, ninguém deve arrogar-se mais direito do que concede a outrem, a menos que o tenha obtido de maneira justa, através do contrato [...] que ninguém pense que injustiça seja outra coisa que a quebra de confiança ou descumprimento do contrato” (HOBBS, 1998, p. 53 apud TIMM. 2014, p. 69)

Os acordos firmados pelas partes eram pactuados no ideal de autonomia da vontade a qual cada sujeito podia defender seus interesses e os ganhos firmados no contrato seriam justos, uma vez que foi acordado entre eles, pensamento de respeito máximo a vontade das partes.

No modelo liberal de contrato se preocupa mais com o momento da manifestação da vontade do que com seus efeitos. No Estado Liberal compreendeu-se que o contrato é fruto da vontade das partes e, portanto, da liberdade individual dessas. Deste modo, no modelo liberal de contrato o ponto central da teoria era a vontade.

1.3 Dogma da vontade

A aplicação do dogma da vontade firmado pelas ideias liberais a partir do século XIX utilizava de forma literal o *pacta sunt servanda* rejeitava qualquer intervenção do Estado no contrato, senão aqueles que discorriam sobre vícios de consentimento, neste sentido Timm discorre:

O “dogma da vontade” pode ser classificado como um “voluntarismo radical”, pois seus defensores não se preocupam em encontrar sequer uma

justificativa do vínculo contratual para além do simples consenso. Com efeito, tais autores nem questionam sobre hipóteses de reequilíbrio judicial dos pactos fora dos casos de nulidade absoluta ou de vícios sociais ou de consentimento. (TIMM, 2014, p. 78)

Este tipo de aplicação começou a expor as imperfeições deste modelo, para Timm (2014, p. 65) o isolamento total do modelo liberal de contrato frente ao ambiente e situações externas acarretou em seu envelhecimento e incapacidade para resolver novos debates que surgiram sobre a relação contratual, assim a ótica liberal do contrato não tinha por fim o objeto ali abordado e nem procura entender o que se deseja alcançar naquela relação, o objetivo do dogma da vontade era somente identificar se o consenso das partes foram livre e desimpedidas, como discorre Kant:

Nessa relação mútua de arbítrios, não se toma em consideração a matéria do arbítrio, isto é, o fim a que cada um se propõe, não se discute, por exemplo, no contrato o que o outro celebre comigo para seu próprio comércio, se, mediante ele, poderá obter este ou aquele benefício; se discute tão somente a forma na relação do arbítrio respectivo dos contratantes, considerada sob o ponto de vista da liberdade. (KANT, 1993, p. 45 apud TIMM. 2014, p. 66)

Fica explícito que nesta concepção de contrato não há em se falar em possibilidade de intervenção judicial para realizar um equilíbrio de forçar e verificar causas de força maior, onerosidade excessiva e boa-fé, o que logo trouxe à baila os prejuízos causados na sociedade por entender o contrato desta maneira, uma vez que esta relação está inserida na comunidade e o objeto ali firmado as partes pode incorrer em benefícios ou malefícios a sociedade, conforme afirma Kant:

Um criado, a quem ao fim de um ano paga-se o salário em moeda que perdeu parte do seu valor durante esse mesmo ano e que não é mais suficiente para que ele compre o que com a mesma soma teria podido adquirir na época em que se celebrou seu contrato, não pode apelar para seu direito a fim de obter, em lugar da igualdade numérica e material, a igualdade de valor para que possa ser recompensado por um trabalho que ele estimava em mais do que vale o salário que lhe é concedido; só pode recorrer a equidade (divindade muda, cuja a voz não pode ser escutada); entretanto, como no contrato nada foi estipulado a respeito desse particular, o juiz não pode ajustar sua sentença a condições imprevisíveis e não determinadas. (KANT, 1993, p. 51 apud TIMM. 2014, p. 66)

Portanto, discorrer sobre negócio jurídico somente sobre prisma da autonomia das partes estava ficando obsoleto em relação as mudanças que ocorriam na sociedade, a liberdade e igualdade pretendida não ocorreram de maneira ampla e

crecia um movimento ao qual dizia que a liberdade de um agente com menor poder econômico era relativizada frente ao sujeito com maior força financeira resultando cada vez mais em uma desigualdade entre grupos com maior e menor poder aquisitivo.

A partir desta conjectura da sociedade e acesso amplo da comunidade nas escolhas de seus representantes políticos houve mudanças na legislação para propor proteção aos hipossuficientes ao qual ampliou a atuação do direito para áreas como trabalhistas, previdências, e nova compreensão sobre os contratos com viés solidarista.

2 PRISMA SOLIDARISTA DE CONTRATO

Sabendo-se que o Direito anda ao lado dos sentimentos emanado pela comunidade é necessário contextualizar o momento histórico em que houve os primeiros discursos sobre o vícios solidarista.

Com o aumento da industrialização e das divisas comerciais em que o comércio tomou um ritmo muito acelerado de crescimento houve um aumento exponencial da desigualdade na sociedade uma vez que o sujeito com poder econômico fazia valer sua superioridade diante de pessoas que necessitavam realizar determinado contrato até mesmo para sobreviver, assim movimentos políticos que buscavam a redução da desigualdade, como marxista, começaram a ganhar espaço entre a população mais pobre, devido ao acesso ao sufrágio universal este movimento ganhou ecos no parlamentos em diversos países instaurando-se leis que buscavam a intervenção do Estado para proteger e diminuir a desigualdade, ressalta Timm:

Desde início do século XIX, socialistas utópicos e científicos sonhavam com uma sociedade efetivamente mais justa e igualitária, ao mesmo tempo que partidos de tendência socialista ocupavam espaço no parlamento com suas bandeiras de solidariedade e de justiça social. (TIMM, 2014, p. 92)

Portanto, houve uma mudança na concepção de contrato em relação à anterior que era baseada no dogma da vontade, no consenso das partes e na livre e desimpedida autonomia para se buscar uma relação de igualdade e mais justa.

O solidarismo afirma que a sociedade se organiza pela divisão de trabalho, assim as formações do negócio jurídico não ocorriam pelo encontro de uma oferta e demanda que geraria apenas riqueza para as partes, mas sim por ser uma relação natural para a manutenção do organismo da sociedade, desta feita caso ocorresse uma anomalia o Estado deveria intervir para evitar o julgo desproporcional entre as partes, conforme aduz, Timm:

Nesse diapasão, a ordem social e jurídica não repousava nem no acordo de vontades individuais, nem na vontade formadora do Estado, mas nas solidariedades sociais geradas pela especialização e pela divisão do trabalho (funções sócias). (TIMM, 2014 p.97)

Em sincronia com os movimentos políticos que ocorriam a qual culminou na passagem do Estado liberal para o social, o solidarismo jurídico trouxe ao contrato uma maior dimensão que ia além do negócio exercido entre as partes para uma análise da sua função social em que os Juízes possuíam liberdade quando provocado de promover igualdade as partes por meio de cláusulas gerais inseridos pelo legislador.

2.1 Mudança no posicionamento do Estado-juiz

Fica evidente a mudança da função do contrato se compararmos o modelo liberal com o solidarista, em um primeiro momento a função do contrato era a livre e desimpedida expressão de vontade das partes a qual possui força vinculante entre as partes em que ambos eram obrigados a executar o acordado e caso o contrato fosse para análise do juízo este somente verificaria questões de vícios de consentimento, não havia espaço para análise ética e moral dos termos ali acordados, pois o entendimento liberal de contrato compreendia que cada sujeito é capaz de buscar o que é melhor para si.

Com o aumento das transações comerciais começaram a ser questionados pontos ao qual o modelo liberal não conseguia atender, neste aspecto como resposta ao modelo liberal surgiu como corrente doutrinária o modelo solidarista que conseguia contemplar de forma mais ampla as relações comerciais, neste sentido o modelo solidarista trouxe questões que antes não eram debatidas como onerosidade excessiva, boa-fé, causas de força maior e a base do viés solidarista a função social do contrato.

O sistema solidarista não só inovou, mas trouxe um novo sentido ao conceito de contrato que não seria mais uma pura troca entre os envolvidos, mas também um instrumento de trocas econômicas cooperativas com interesse social, conforme Timm:

A propriedade não mais seria concebida como um direito subjetivo, um poder individual de usar e de dispor da coisa, mas um instituto cuja função é a de ensejar o aumento da riqueza social. O contrato não mais seria o poder das partes de autorregar seus interesses privados, mas um instrumento cooperativo de trocas econômicas e sociais. A responsabilidade civil não mais seria apenas uma responsabilização individual por uma conduta culposa, mas uma repartição social do risco gerado pelo desenvolvimento industrial e econômico. (TIMM, 2014 p. 110)

Desta feita o direito ganhou novo papel de não somente a boca da lei, mas agir de maneira reguladora a fim de equilibrar relações do julgo desigual entre as partes no caso concreto a partir de uma legislação com cláusulas gerais que permite ao julgador equilibrar a balança de acordo com sua compreensão e possibilita maior autonomia para que o Estado-juiz sentenciasse de acordo com o caso concreto, assim afirma COELHO:

Cláusulas gerais são normas jurídicas vazadas em um ou mais conceitos vagos destinados a deixar em aberto a questão dos exatos contornos do seu âmbito de incidência. O elaborador da norma, diante da alta complexidade do fato a regular, intencionalmente emprega expressão dotada de vagueza, de modo que o juiz possa nortear-se mais confortavelmente por ela na solução dos conflitos de interesse. (COELHO, 2020, p. 27)

Desta maneira o direito as cláusulas gerais forneceu ao juízo um espaço discricionário para elaboração da sentença, isso possibilitou uma oxigenação do direito em si uma vez que estas normas podem ser interpretadas de acordo com momento histórico que a sociedade se encontra, sendo assim o Código Civil de 2002 trouxe diversas cláusulas gerais que o contrato deve observar ao ser elaborado como: boa-fé objetiva (art 113 e 422), abuso de direito (art 187), cláusulas abusivas (art 424), onerosidade excessiva (art 478), lesão (art 157) e a função social (art 421) esta última é objeto de estudo do presente trabalho.

A utilização das cláusulas gerais promoveu uma evolução no Direito e no novo Código Civil, Tim (2014, p.131), esse tipo de norma é típico do modelo solidarista e o código anterior, de 1916, foi inspirado no modelo liberal do contrato e por isso não havia esta autonomia ao julgador.

As transformações trouxeram um dinamismo importante para integração do direito com a realidade social, cabe ressaltar que embora esse tipo de norma seja dinâmica é necessário ter um entendimento consolidado, compatível e analítico da interpretação da cláusula, pois sem um tratamento uniforme e uma aplicação errada do conceito pode causar prejuízos a comunidade, por isso se faz necessário observar e entender como é aplicado o princípio da função social do contrato.

3 DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

Importante salientar que o contrato surgiu de forma natural, não foi criado em lei, surgiu da necessidade do homem de se relacionar, é um ato natural que ocorre no campo de fato, este tema do cotidiano foi regulamentado pelo Estado para dar segurança as partes envolvidas.

A regulamentação do contrato deu origem ao direito contratual, portanto o contrato age em duas dimensões no mundo dos fatos como meio de trocas econômicas e no mundo das normas jurídicas através do direito contratual.

O contrato como fato não depende da validação no mundo das normas para transações com baixa complexidade, assim uma criança que compra um sorvete realiza uma relação comercial através de um acordo verbal, essa negociação ocorre no comércio, contudo no mundo da norma jurídica não possui eficácia devido à idade do contratante, desta feita pode-se observar que o contrato do mundo dos fatos ocorre a todo tempo e que sua função e objetivo é a circulação de riqueza, ao contrário do mundo das normas, que age de forma regulatória em relações cada vez mais complexas.

Importante frisar que o acordo verbal é permitido somente em alguns casos conforme alude o artigo 107 do Código Civil: “A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente exigir”.

Desta forma, o contrato formal ao ser elaborado deverá observar as normas jurídicas, caso em que sofrerá consequências se determinada forma não for respeitada, conseqüentemente o que deverá ser observado é como esse negócio jurídico é analisado a luz das normas, principalmente sobre o olhar da função social e da boa-fé.

Para dialogar sobre função social é preciso diferencia-la dos preceitos de boa-fé e do equilíbrio econômico/prestação equivalente. No que se refere ao equilíbrio econômico a utilização deste princípio pelos operadores do direito seu entendimento já está presente em texto de lei por meio da onerosidade excessiva, estado de perigo e lesão, SCHREIBER (2020 p. 607), afirma que este termo tem sido usado somente como forma decorativa pelos tribunais, segundo pesquisa realizada em 2017 este termo simplesmente confirmou decisões que já se baseavam em normas como onerosidade excessiva e estado de perigo, há outra corrente que cita a

compreensão que pode se recorrer a este princípio para anular situações em que o sujeito por inexperiência ou estado de necessidade firma compromissos desproporcional ao praticado pelo mercado.

A Boa-Fé pelo seu caráter objetivo exige que as partes atuem com lealdade, honestidade e moral no momento da formação do negócio jurídico, há ainda a dimensão subjetiva que impõe às participantes obrigações acessórias como lealdade, cooperação, clareza nas informações e confiança. Das obrigações subjetivas como a confiança surgiu o conceito do “venire contra factum próprio” que é quando o agente age de forma contrária ao pactuado no acordo, este tipo de ação contraditória por muitas vezes é observado em processos em que o autor alega conceito de função social aplicação solidarista para alterar termos acordados. Ainda assim a inserção dessas cláusulas mudou a forma de aplicação do direito, pois o juiz possui um espaço discricionário, contudo esta lacuna a qual o juízo pode preencher através das cláusulas abertas pode ocasionar mais de um entendimento sobre um mesmo tema devido a influência de doutrinas como o que tem ocorrido sobre o entendimento da função social do contrato, neste sentido Theodoro escreveu:

É de todo sabido que a teoria atual do contrato, seja no âmbito da lei, da doutrina ou da jurisprudência, assiste a um grande confronto filosófico entre o voluntarismo (clássico) e o comutativismo (moderno) ou entre o individualismo e o solidarismo. Enquanto a primeira corrente vê o núcleo do fenômeno na vontade, a segunda o desloca para cooperação entre as partes. (THEODORO, 2014, p. 48)

Ocorre que este embate ideológico permanece, por isso ainda não há na jurisprudência uma definição clara do conceito de função social o que torna seu entendimento muitas vezes complexo, Schreiber cita:

A omissão legislativa contribui fortemente para que a função social do contrato seja mantida, pela imensa maioria da nossa doutrina, em plano puramente abstrato, sendo definida de modo tão amplo e vago que seu significado passa a se confundir com aquele atinente a ordem jurídica em geral. (SCHERIBER, 2020, p, 604)

É notório que a indefinição do conceito de função social é prejudicial para o negócio jurídico em si, pois a sentença que alega que o contrato não cumpre a função social poderá anular a relação e alterar seus termos para que se adeque a esta norma. Coelho alega “a consequência para a inobservância da cláusula geral

da função social do contrato é a nulidade do negócio jurídico e a responsabilidades dos contratantes pela indenização dos prejuízos provocados” (COELHO, 2020 p, 31). Ocorre que a influência solidarista sobre o entendimento da função social tem aplicado esta norma como um delimitador de cláusulas abusivas com objetivo de trazer igualdade entre as partes, Densa traz que:

Entende-se que o princípio da função social do contrato é um reforço ao princípio da equivalência das prestações, impondo o dever às partes de não inserir cláusulas abusivas nos contratos e assegurar troca justas e uteis as próprias partes e, por consequência, à sociedade. (DENSE, 2012, p, 278 apud SCHREIBER, 2020, p, 604)

Apresentado sem uniformidade a função social causa confusão interpretativa e certa insegurança jurídica, pois não há uma consolidação conforme cita Shreiber (2020, p, 606) a função social possui um conteúdo anárquico na nossa jurisprudência que é resultado da falta de uma limitação precisa de seu conceito. Afim de traçar a finalidade da função deve-se delimitar a atuação da função que será analisado de acordo com cada modelo doutrinário.

3.2 Da não observância do princípio da Função Social nos contratos

Como citado anteriormente o contrato ocorre em duas dimensões no mundo dos fatos e como negócio jurídico devendo observar as normas, sendo o contrato base das transações comerciais está intimamente ligado a economia por isso a função pura do contrato é identificada pelos autores como meio de circulação de riquezas, assim afirma Theodoro “O único e essencial objetivo do contrato é o de promover a circulação de riqueza” (THEODORO, 2014, p, 46) desta maneira é possível entender a importância do contrato em uma sociedade moderna para seu desenvolvimento econômico.

Assim, ao elaborar um contrato há dois agentes que desejam chegar a um ponto partindo de extremos diferentes, como exemplos podemos citar o contrato de mútuo em que o mutuante deseja emprestar ao mais alto juro o recurso, já o mutuário deseja receber o valor na menor taxa possível, o vendedor deseja vender o objeto ao maior preço e o comprador deseja adquirir no menor custo, o locador deseja aluguel mais alto e o locatário o menor possível.

Partindo da posição antagônica das partes a fase liberal atribuía como função ao contrato a conciliação dos objetivos dos envolvidos no acordo, essa visão do modelo liberal cedeu ao espaço solidarista que conceitua a função social como forma de promover justiça distributiva, solidariedade, igualdade e restringir cláusulas abusivas.

É inconcebível analisar o contrato como forma de justiça distributiva e solidariedade sabendo que no contrato há pontos diferentes e que ambas as partes cooperam na medida em que se beneficia por aquele acordo, Theodoro acredita:

Desta maneira, afirmar que o contrato tem a função de promover a igualdade dos contratantes equivale a dizer que esse tipo de negócio tem como objetivo fazer com que as partes “sejam iguais”. Ora, o contrato jamais terá semelhante objetivo porque não se trata de instrumentos de assistência ou de amparo a hipossuficientes ou desvalidos. (THEODORO, 2014, p, 46)

Há de se lembrar que a palavra função possui significado de objetivo, da mesma maneira que nos termos da lei fica claro a função dos poderes como exemplo ao Poder Legislativo cabe a função de legislar e fiscalizar o executivo, a função da jurisdição é resolver conflitos, portanto é necessário estabelecer o objetivo da função social do contrato a fim de se criar um entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre sua aplicação.

Existe uma corrente em formação que delimita a função social a efeitos causados a terceiros em que o Estado não deve permitir contratos que causem prejuízos ao bem-estar social e a comunidade, por consequência visa impedir direitos aos quais os contratantes não podem se dispor, desse modo contrato que estabelece relações que ferem a função social podem ser considerados nulos e os envolvidos devem arcar com as perdas geradas, afirma Theodoro:

Se algum dano indevido a terceiro ou a coletividade for detectado, a autonomia contratual terá sido exercitada de forma injurídica. Não poderá o resultado danoso prevalecer. Ou o contrato será invalidado ou o contratante nocivo responderá pela reparação do prejuízo acarretado aos terceiros. (THEODORO, 2014, p, 39)

Com o entendimento do objetivo da função social é possível identificar como deve ser sua aplicação no caso concreto e qual modo deve ser aplicado pelo juízo e ainda separar do conceito de boa-fé e onerosidade excessiva que por fim são

evocados como se tivessem significados em comum pela viés solidarista que vislumbra que o objetivo da função social é a distribuição de riquezas e igualdade, lembrando que não em se falar de igualdade na relação contratual uma vez que cada parte defende pontos distintos e que o acordo surge chega-se a uma negociação melhor para ambos.

Desta maneira, observar o contrato a partir do doutrinador Theodoro, que vislumbra a função social sobre seus impactos a terceiros, possui amparo na doutrina sistêmica que será observada posteriormente e é lembrada por Timm como opção ao solidarismo jurídico ao qual tem por objetivo manter uma ordem harmônica entre o campo fato e norma, neste sentido a posição harmônica busca equilibrar as decisões com outras áreas como a econômica, já a intervenção excessiva do Estado no contrato tem causado prejuízos na comunidade além do entendimento do juízo, embora uma decisão que busca dar igualdade entre as partes, pode causar dano na comunidade. Neste sentido a decisão paternalista pode causar prejuízos a terceiro, a passo que ideia harmonizadora do contrato busca evitar esse impacto negativo do contrato, sobre a posição harmonizadora do contrato Timm afirma que:

O contrato deve ser visto em seu contexto institucional, para que as soluções dogmáticas ou as decisões judiciais não entrem em conflito ou não “desinstitucionalizem” o contrato frente ao mercado (as soluções jurídicas devem enxergar a floresta e não apenas o arbusto, de modo que nem sempre uma decisão no caso posto a julgamento, ou nem sempre a análise de uma relação contratual isolada do seu contexto, será a mais benéfica do ponto de vista coletivo). (TIMM, 2015, p.170)

O desenvolvimento econômico é de interesse de toda comunidade, é fato que o modelo liberal de contrato é ultrapassado e nesta escola houve muito abuso e exploração por meio do contrato e seu sistema fechado a qualquer análise externa, por isso houve o surgimento do ideal solidarista como resposta a essas condutas, vale lembrar que crescimento econômico e social está entrelaçado, quanto maior o potencial econômico de uma sociedade melhor é a condição de vida de todos, uma vez que não é possível desenvolver economia ferindo a dignidade da pessoa humana e da mesma forma não é viável aplicação de uma justiça distributiva afetando o mercado.

3.1. Excessiva intervenção do Estado

Os contratos submetidos ao Estado estão sofrendo intervenções constantes sobre seus termos para reequilibrar o acordo, baseados na função social, para deixar de cumprir suas obrigações alegando ganho excessivo do requerente, vale lembrar que o ganho excessivo aqui citado não é o mesmo da cláusula de onerosidade expressado no Código Civil que traz a algo imprevisto no qual elevou o custo daquela prestação inviabilizando a permanência do acordo, a alegação de onerosidade aqui está ligado a conduta do agente que firma contrato com valor explícito e que pede revisão dos valores agindo de acordo com “venire contra factum próprio” indo contra a própria ideia de boa-fé e por vezes o Estado intervém em nome da ideia solidarista da função social agindo a princípio contra a ideia de confiança e cooperação que deve ocorrer entre as partes.

Para que o Estado não chancele uma conduta que vá de encontro ao princípio da boa-fé são necessários analisar todo contexto da elaboração do contrato, se o agente que se sentiu prejudicado conhecia de forma clara os termos daquele negócio, pois estando ciente das cláusulas e mesmo assim firmar o compromisso para posteriormente pedir alteração dos termos daquela operação não havendo imprevisibilidade que o justifique é atentar contra a boa-fé e a ordem econômica. Assim, os operadores do direito buscam na função social o remédio para todos os males, indicado para justificar mudança no negócio, porém a validação deste conceito no judiciário acarreta insegurança jurídica e impacta no desenvolvimento sócio econômico.

As intervenções no contrato em nome da função social traz impactos econômicos que vão além das partes e não está visível ao juízo, vale salientar que as relações comerciais estão cada vez mais impessoais e que sujeitos firmam contrato acreditando na boa-fé e aguardando a contrapartida do outro, essa relação se dá uma vez que as partes tem no sistema jurídico uma força coercitiva a qual em caso de inadimplência obrigará a pessoa a cumprir os termos ou indenizar o valor devido das perdas e danos causados por esta inadimplência. Caso não houvesse essa garantia os contratos seriam reduzidos a relações de execução imediata, ou seja, as operações complexas que fomentam a comunidade diminuiriam, sendo assim para que o contrato no mundo dos fatos estimule o desenvolvimento econômico e a geração de riquezas é necessário ter garantia de cumprimento pelo mundo das normas.

Desta forma, pode-se entender que não é possível em sociedades modernas um desenvolvimento econômico sem institutos que garantam a sua execução do negócio firmado, North argumenta:

A inevitável conclusão a que se chega, em um mundo pautado pela maximização da riqueza, é que a contratação complexa que possibilitaria a alguém auferir os ganhos com o comércio em um mundo de trocas impessoais precisa ser acompanhado por algum tipo de imposição de cumprimento por uma terceira parte. (NORTH, 2018, p 104)

A busca pelo lucro citado por North se remete a todos envolvidos, uma vez que cada um irá buscar melhor termos para si, mesmo nos casos do contrato de adesão quem adere busca o benefício que aquele negócio irá lhe proporcionar, neste cenário de mercado essas negociações geram compromissos de créditos seja por obrigação de fazer ou não fazer, dar coisa certa, entre outros.

Neste contexto as instituições que garantem de forma coercitiva imposição da obrigação assumida e caso o Estado aja de maneira contrária ao esperado irá aumentar o custo de produção e elevar as despesas de transação de novos contratos uma vez que o agente prejudicado pelo juízo irá inserir estes custos em novas negociações e este prejuízo voltará para a comunidade e será arcado pelo agente adimplente ou haverá mudança dos termos ou inviabilização daquele negócio.

Sobre essa mensuração dos custos pela insegurança jurídica North afirma “Já nas economias de Terceiro Mundo, a execução é incerta não só em função da ambiguidade da jurisprudência (o que representa um custo de mensuração), mas também da incerteza da conduta dos agentes (NORTH, 2018, p, 107) portanto, os custos de transações de decisão a qual a princípio beneficiou o sujeito considerado mais fraco será mensurado em novos contratos e os negócios gerados serão reduzidos uma vez que para alguns membros da comunidade o contrato terá um custo excessivo, ressaltando assim o impacto econômico desse tipo de intervenção que é mais amplo.

A imprevisibilidade do sistema jurídico afasta investimentos no país, por consequente o desenvolvimento econômico e social da comunidade, como já lembrado, quanto mais negociações em tese, maior será a circulação de riquezas gerando benefícios para a sociedade, a leitura e observação das cláusulas gerais

para elaboração dos contratos foi necessária e forneceu um novo dinamismo ao direito contratual que antes era fechado a fatores externos.

Da mesma forma que foi necessária essa novidade no direito para atender necessidades como imprevisibilidade, casos de força maior e a boa-fé, há agora a necessidade de filtrar as informações externas que colaboram para a aplicação da sentença, por fim sentimentos políticos e sociais que visualiza o sujeito como refém do poder econômico tendo sua autonomia de vontade mitigada por outro agente tem gerado insegurança jurídica que causa um descredito em todo sistema ao qual o tribunal perde sua função de ser harmonizador de conflitos para ser um ativista do solidarismo.

Logo, como um processo de evolução de teorias em que por vezes cada uma em seus aspectos traz princípios que permanecem o liberalismo trouxe a força do dogma da vontade e o solidarismo a abertura do ambiente, há de se observar outras doutrinas que complemente a anteriores pois a ideia atual ignora os aspectos econômicos gerado pelo contrato no mundo dos fatos e esse tipo de leitura a qual enseja igualdade das partes podem causar mais danos que benefícios ao sujeito beneficiário, devido ao efeito antieconômico causado por aquela decisão.

A história demonstra que novas teorias que surgem não tem por fim erradicar outras, mas tornar um processo de melhoria constante, dito isso a utilização de cláusulas gerais é importante para possibilitar a oxigenação do direito e para que não se engesse no tempo, porém há alguns fatores que devem ser observados, pois o Juiz assim como qualquer pessoa possui afinidades doutrinárias e posições políticas e ideias que age até de forma involuntária fazendo que sobreponha uma cláusula aberta sobre outra devido ao seu viés axiológico ou interprete de acordo com suas convicções, Theodoro aduz:

O grande risco, nesse momento de aplicação do conceito genérico da lei, está na visão sectária do operador, que, por má-formação técnica ou por preconceito ideológico, escolhe, dentro do arsenal da ordem constitucional apenas um de seus múltiplos e independentes princípios, ou seja, aquele que lhe é mais simpático as convicções pessoais. (THEODORO, 2014, p, 142)

Neste aspecto fica demonstrado que o operador do direito direciona a interpretação de uma cláusula geral de acordo com a sua necessidade, sendo possível identificar essa utilização nas jurisprudências estudadas.

4 A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO NA JURISPRUDÊNCIA

4.1 Aplicação da Função Social no julgado

Para melhor compreensão de como os juízes de primeiro grau se comportam na elaboração de uma sentença Castelar¹ realizou uma pesquisa a qual demonstra que 70% dos juízes entrevistados preferem fazer justiça social ao invés de aplicar a letra fria da lei no contrato, isso evidencia que pelo menos em primeiro grau os magistrados tendem a defender na sentença aquilo que acreditam ser certo e não fazem uma busca da justiça de forma imparcial.

Sobre decisões que penderam a fazer justiça social há dois julgados que são analisados por Theodoro e Timm como fonte de pesquisa que são citados aqui para verificar os efeitos dessas sentenças na economia. Primeiro caso analisado foi sobre a revisão de um contrato de leasing com seguinte parecer pelo relator ministro Humberto Gomes de Barros²:

Regimental dirigido à decisão de fls. 234, que entendeu legítima a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de arrendamento mercantil, bem como a indexação do contrato de leasing pela variação cambial, ressaltando-se que o encargo deverá ser suportado pelas partes, à razão de metade.

Neste período houve uma desvalorização expressiva do real frente ao dólar o que levou partes que se sentiam lesados pedirem a intervenção do Estado para alterar os termos dos contratos, neste sentido o acordão acompanhou o relator que dividiu esses custos entre as partes alterando o contrato.

Após anos da realização deste acordão é possível tirar aproveitamento didático e entender como a economia reagiu a intervenção do Estado, conforme lembrado por North, em todo contrato é considerado os custos de transações que as

¹ CASTELAR, 2005, p. 248. apud TIMM, 2009, p. 19

² STJ, 3ª T. **AGRAVO DE INSTRUMENTO 563255/RJ**, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros. Julgado em 20/09/2004. DJ: 18/10/2004, p. 271. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/scon>>. Acessado em 08/06/2021

instituições impõem ao sujeito, portanto ao elaborar um contrato é necessário mensurar este custo e caso não haja como prever ou os custos das instituições forem elevados é possível que inviabilize o negócio, desta feita a decisão proferida pelo STJ acarretou na extinção de contratos de leasing indexado ao câmbio.

Em um primeiro cenário sujeitos recorreram ao judiciário para alterar os termos dos contratos de leasing devido a uma mudança na política de câmbio do Brasil, a qual alterou política cambial fixa para flutuante, em resumo o governo controlava a cotação do dólar para permanecer próxima ao valor de um real por um dólar, mas o governo alterou a política permitindo que valor do real frente ao dólar se ajuste a oferta do mercado internacional. Isso levou uma desvalorização significativa de nossa moeda fazendo que sujeitos que possuía contrato vinculado ao mercado cambial recorresse ao judiciário para rever os termos, sendo assim a partir 19 de janeiro de 1999 a variação do câmbio é algo natural do mercado e sujeitos se adaptou a esta nova dinâmica tanto que muitos agricultores utilizam ferramentas como a venda de safra futura a preço certo para garantir que sua produção tenha preço que cubra seus custos, portanto nesta operação o produtor vende toda sua produção ou parte para o investidor que compra a preço certo com base no dólar a produção antecipada e assim o agricultor levanta recursos para financiar o plantio, contudo no estado de Goiás produtores recorreram ao judiciário para pedir a revisão deste contratos, pois houve um aumento elevado do dólar e de acordo com o alegado isso seria imprevisível e teria causado uma onerosidade excessiva.

Este processo teve recurso no STJ julgado³, Rel Min. Nancy Andrighi, ac 28.06.2007, verificando o voto da relatora deve observar seu entendimento sobre a alegação de onerosidade a qual ela fundamentou que a flutuação do câmbio já é previsto neste casos e que justamente o agricultor realiza este tipo de contrato para se proteger de flutuações negativas e garantir recursos que garante um lucro mínimo. Já pelo TJ/GO analisou que o investidor feriu o princípio da boa-fé objetiva e função social do contrato, pois o lucro obtido nesta operação aumentou exponencialmente devido a flutuação positiva do câmbio, apesar do julgado pelo TJ, os investidores conseguiram decisão favorável no STJ, apesar da reversão da decisão, o instituto

³ STJ, 3ª T. **Resp 803.481/GO**, Rel. Min. Nancy Andrighi. Julgado em 28/06/2007. DJU 01.08.2007, p.462. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/scon>>. Acessado em 08/06/2021

PENSA-USP⁴ que realiza estudos ligados aos agronegócios identificou que agricultores que precisavam vender sua produção futura daquela localidade tiveram dificuldade em localizar investidores dispostos a negociação.

Desta maneira foi identificado o impacto econômico na decisão do juízo, sem a garantia do cumprimento do contrato pelo judiciário, os investidores ficaram receosos com estas operações, impactando assim na comunidade, os julgados demonstrados são exemplos didáticos sobre o impacto das decisões emanadas pelo judiciário no cenário econômico, porém trata-se de casos antigos e para estudo recente será observado casos atuais.

Para observar como os operadores do direito tem evocado a função social foi recortado um julgado sobre revisão de taxas de juros bancários entre o período de 2017 a 2021, em que houve citação de função social seja pelas partes ou juízo e identificar como foi analisado o caso pelo juízo, sendo escolhido este processo:

Contratação de crédito bancário, pedido de revisão de taxa de juros⁵. O contrato discutido foi por adesão e trata-se de um crédito pessoal liberado pela financeira para o autor que comprometeu realizar o pagamento em 12 parcelas e posteriormente o agente questionou na justiça a taxa aplicada neste empréstimo que foi de 22% ao mês. Nosso objetivo é observar a utilização da função social e qual o parâmetro do tribunal para sentença favorável ao autor.

Das alegações realizadas pelo autor foi incluído a onerosidade excessiva, que no caso fático não é observado, uma vez que isso ocorre quando há situações imprevisíveis que elevam excessivamente o custo da manutenção do contrato.

Há a evocação da função social pelo autor pedindo que o Estado aja com justiça social para resguardar a equidade nas relações econômicas, ora este viés de intervenção possui resguardo no solidarismo jurídico e este tipo de interpretação conforme já discutido pelo trabalho pode causar efeitos prejudiciais a comunidade.

O requerente buscou princípio da boa-fé alegando que não houve informações claras sobre o contrato como valor da taxa aplicada, sendo que no contrato por adesão anexado ao processo possui de forma explícita a taxa praticada

⁴ Conforme divulgado no Seminário do Instituto PENSA, na USP, em 05 de dezembro de 2005 apud TIMM 2009

⁵ TJ-AP, **ROPS 0004417-68.2019.8.03.0002**, Rel. Desem. José Luciano de Assis. Julgado em 25/05/2020. DJ: 25/05/2020. Disponível em: <<https://www.tjap.jus.br/portal>>. Acessado em 09/06/2021

pela financeira, valor das parcelas, quantidade de parcelas e dia do débito em conta. Não sendo possível somente pela alegação identificar se houve ou não falta de acesso as informações, pois toda informação sobre taxas etc estava demonstrado no canhoto assinado pela parte.

Sobre o fato em contradição que é a taxa é necessário compreender como a financeira precifica a taxa para cada cliente e a operação de crédito realizada, ora o juízo não possui conhecimento técnico para compreender como é formulada a taxa utilizado pela financeira, o réu faz requerimento de um perito para avaliar tal situação a qual não foi atendido. Já em relação ao gênero do empréstimo celebrado aqui é identificado duas formas crédito pessoal e crédito pessoal consignado.

Conforme contrato firmado o empréstimo tomado pela autora foi o crédito pessoal que é efetivado sem garantias e com promessa de pagamento em débito em conta, já o crédito pessoal consignado alegado pelo autor é caracterizado pelo desconto em folha realizado pela fonte pagadora que por muitas vezes são instituições como governo do Estado Federal entre outros. Portanto, como há uma garantia de liquidação em folha das parcelas as taxas do crédito consignado tende de ser muito menores que um crédito pessoal.

Desta forma, o autor comparou as taxas de crédito consignado na época praticada pelo mercado em torno de 2% com o empréstimo pessoal tomado pelo autor e firmando-se em uma súmula nº 382 do STJ⁶ em que afirma ser “abusiva a taxa de juros remuneratórios aplicada ao contrato bancário com percentuais superiores a uma vez e meia, ao dobro da média de mercado devendo adequar-se à taxa de mercado fornecida pelo banco central” tomando por base a súmula o acordão foi favorável ao autor.

Pelo que foi levantado é evidente o erro em comparar taxa de crédito consignado com crédito pessoal, a fonte do Banco Central não disponibiliza ao público taxa de crédito pessoal simples, desta forma não se enquadra aos moldes da súmula, pois sua referência é para contratos da mesma espécie, portanto é uma matéria a ser discutida e pesquisado nas instituições financeiras média de taxas de crédito pessoal, porém vale ressaltar que a dinâmica de crédito altera para cada instituição e cada uma assume um risco e a taxa varia de acordo com perfil de risco

⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 382**. A estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade. Segunda seção em 27/05/2009. DJe de 08/06/2009, ed 379. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2013_35_capSumula382.pdf>. Acessado em 09/06/2021.

do tomador, como por exemplo a informação retirada do próprio site da instituição do réu que sua taxa varia de 1,59% a 22% ao mês desta forma a precificação de uma taxa de crédito é individualizada de acordo com tomador, demonstrando assim que a sentença do juízo sem apoio técnico tende a ser incompleta e com viés solidarista a parte mais fraca, uma vez que o judiciário preocupa-se somente com o caso individualizado e não possui conhecimento econômico para compreender a taxa aplicada elevando os custos desta operação conforme Timm afirma:

Os advogados preocupam-se com caso individualizado, ao passo que os economistas preocupam-se com estatísticas. A proteção paternalista ..., pela imposição de restrições legais ao mercado de crédito, inflige elevados custos aos consumidores pobres, vistos enquanto classe. (COUTER & ULEN, 1988, p, 282, apud TIMM, 2015, p, 197)

A decisão individualizada prejudica toda uma comunidade que necessita de acesso ao crédito neste aspecto Castelar (2009) realizou uma pesquisa com diretores de instituições financeiras que responderam como judiciário dificulta o acesso e aumenta o custo do crédito:

O aspecto da atividade de intermediação financeira que mais sofre a influência negativa das deficiências do Poder Judiciário é justamente o risco da operação das operações de crédito. E os efeitos dessa influencias são devastadoras. Pelas respostas dadas pelos entrevistados, o mau funcionamento do judiciário limita a expansão das atividades no setor e, mais importante, aumenta consideravelmente os spreads bancários – em até 30%, dependendo da situação. (CASTELAR, 2009 p. 104)

Como citado na pesquisa o judiciário aumenta em até 30% o custo do crédito ao consumidor ainda sobre este tema os diretores afirmaram que este custo do judiciário fazem os executivos revisarem seus planos de investimentos e expansão que por muitas vezes esse elevado custo para manter operações torna inviável a abertura de agências em certas regiões, isso limita o acesso ao credito de parcela da população e prejudica até mesmo o desenvolvimento econômico dos locais atingidos pela falta de uma agencia bancaria ou pela falta de mais instituições financeiras nestas cidades.

Por fim, como trabalho não tem por objetivo esgotar o assunto, mas trazer a discussão à tona somente está peça foi abordada e neste sentido deve se demonstrar que há outras doutrinas que visam entender a relação contrato e comunidade para

que as sentenças sejam menos paternalistas e sim com maior compreensão dos impactos da decisão para sociedade.

4.2 Novo modelos de interpretação

Assim, como a ideia liberal de contrato foi criticada pela reduzir o negócio jurídico somente a vontade das partes a escola solidarista foi criticada por ignorar qualquer impacto econômico em suas decisões, isso levou os estudiosos do direito a buscarem novas soluções para interpretações contratuais, vale ressaltar que novas doutrinas não vem se opor completamente a anterior e sim expandir o debate sobre o assunto, desta maneira ocorre uma evolução natural e neste processo de desenvolvimento surgiu novas opções ao solidarismo jurídico que são a análise sistêmica e a análise econômica do direito.

A análise sistêmica acredita que o direito se comunica com diversas áreas e que o direito deve ser operado de maneira a controlar essa entrada de informação externa, ocorre que no modelo solidarista a comunicação do direito com outras áreas não possui travas o que faz que sentimentos políticos e sociais reflitam nas sentenças, desta forma o direito perde seu papel harmonizador e vira um defensor de causas causando insegurança jurídica e prejuízos em outros subsistemas como o econômico.

Por fim, a análise sistêmica acredita nas divisões de diversos subsistemas como econômico, direito, social, político, entre outros, na medida que cada um influencia outro subsistema, contudo ocorre uma seleção das informações recebidas por cada subsistema e assim cada grupo não perde na sua característica principal e permanece recebendo informações suficientes para seu desenvolvimento, sendo assim o modelo sistêmico acredita que cláusulas gerais são meios de abertura do direito para receber informações ao seu entorno e que essa comunicação deve ocorrer de maneira que direito não perca seu papel principal e nem interfira nos sistemas em seu entorno.

Para o modelo sistêmico a função social do contrato possui uma enorme vagância semântica ampla, o doutrinador deste modelo aponta a aplicabilidade da função social como um harmonizador dessas diversas relações ao qual o contrato está inserido seja no sistema jurídico, econômico, social e das partes. Apesar da doutrina sistêmica ser uma opção a ideia solidarista, há uma corrente que busca um

estudo mais profundo do direito e economia desenvolvendo assim a análise econômica do direito.

4.3 Análise econômica do direito

Primeiramente a análise econômica do direito considera o contrato em ambos os planos seja como fato social que ocorre no mercado e compromisso firmado que segue as regras do direito contratual, como fato social a AED identifica o contrato como meio de circulação de riqueza e geração de valor, como citado anteriormente no mundo dos fatos o contrato ocorre a todo momento em transações de baixa complexidade, o direito contratual como regulador para elaboração de contrato mais complexos onde há geração de crédito para uma parte, pois nestes acordos geralmente há uma promessa futura de pagamento de parcela, de entregar coisa certa, contratos intermitentes, etc, portanto na elaboração de um contrato em que não há liquidação imediata sempre haverá uma parte credora e outra com a obrigação de cumprir.

Neste sentido o direito contratual entra para ensejar a cooperação das partes, uma vez que cumprindo as normas do direito contratual a obrigação ganha proteção do Estado e se torna executável, ora se não houvesse essa garantia de cumprimento o contrato perderia seu valor e transações complexas que causam maior impacto na sociedade e geração de valor praticamente deixariam de existir, portanto o Estado-Juiz é de suma importância para desenvolvimento econômico e realização de contratos, ficando claro que o posicionamento do judiciário frente a interpretações do contrato pode trazer benefícios ou dificultar as transações.

Com a garantia do Estado-Juiz o mercado irá desenvolver mais contratos complexos, lembrando que contrato nasce a partir de acordos ao qual há lucro para ambas as partes e este saldo positivo possui reflexos para a comunidade neste sentido para a AED a função social do contrato está ligado ao benefício que negócio gera para a sociedade de forma direta ou indireta, neste aspecto um financiamento habitacional ao qual tem sua taxa reduzida por um juízo traz um benefício primário para qual recebeu a sentença, porém pode trazer um prejuízo a toda a comunidade visto que sem a garantia do cumprimento do contrato os bancos podem elevar os juros ou suspender o programa de habitação, o modelo de posicionamento do

judiciário impacta no chamado custo de transação que é o valor mesurado da despesa para formulação do contrato, neste aspecto o agente antes de firmar contrato identifica esses custos que varia desde as instituições representados pelo Estado, formalística do contrato e a própria inadimplência, caso o custo de transação for elevado dificulta a transacionalidade uma vez que elevam o preço e assim diminuem o saldo positivo do negócio jurídico para a parte.

Neste contexto o papel do Estado que seria por meio de suas instituições diminuir custos de transações para facilitar a elaboração de contratos comerciais e desenvolvimento econômico e social uma vez que o bem-estar social proporcionado pelo contrato somente pode ser observado pela comunidade através da circulação de riqueza, sendo este o papel da função social na análise econômica do direito o desenvolvimento social através da criação de riquezas por meio do contrato.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É notório a necessidade de observar como se dá a relação do Estado-Juiz frente ao contrato, durante o trabalho é percebido uma evolução doutrinária a qual o direito tem desenvolvido fruto das pesquisas e embates dos operadores do direito ao qual saiu do modelo liberal e neste momento permanece no prisma do solidarismo jurídico que permitiu abertura do direito através das cláusulas gerais e um poder discricionário ao juiz, porém a discricionariedade permitida ao juízo por muitas vezes causa entendimentos divergentes entre a jurisprudência como o que tem ocorrido sobre a aplicabilidade da função social dos contratos ao qual não possui um conceito definido nos tribunais a que muitos operadores do direito recorrem a esta norma como o objetivo de se alcançar a igualdade social, que em primeiro momento traz benefício a parte contratante, mas ignora todo efeito econômico daquela sentença, por isso surge a necessidade de explorar novas doutrinas que conciliam tanto os impactos sociais e econômicos na elaboração do entendimento da função social do contrato.

Por fim conclui-se que a aplicabilidade da função social possui múltiplas interpretações de acordo com a doutrina vigente, é certo que a ideia liberal é obsoleta e que a doutrina solidarista possui decisões controversas que nem sempre é benéfico a um todo, vale ressaltar sobre o aspecto paternalista que tem objetivo promover a igualdade que este pode ser o almejado pelo Estado, mas não há lei que o faça na pratica e passar esta responsabilidade ao direito contratual o torna incondizente com a própria natureza, neste aspecto o presente estudo não tem por fim esgotar o assunto, mas trazer a discussão de como a função social está sendo aplicada e de apresentar alternativas ao solidarismo judicio.

REFERÊNCIAS

AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito econômico: do direito nacional ao direito supranacional**. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 382**. A estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade. Segunda seção em 27/05/2009. DJe de 08/06/2009, ed 379. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2013_35_capSumula382.pdf>. Acessado em 09/06/2021.

CASTELAR, A., org. **Judiciário e economia no Brasil**. Rio de Janeiro, Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2009. Disponível em: <<http://books.scielo.org>>. Acessado em 01/07/2021.

COLEHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. 9. ed. São Paulo: Saraiva 2020.

GONCALVES, Carlos Roberto. **Direito civil: contratos em espécie – direito das coisas esquematizado**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MACKAAY, E.; ROUSSEAU, S. **Análise econômica do direito**. 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2015.

NORTH, Douglas C. **Instituições, mudança institucional e desempenho econômico**. Tradução de Alexandre Morales. São Paulo: Três Estrelas, 2018.

SCHREIBER, Anderson. **Manual de direito civil: contemporâneo**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

STJ, 3ª T. **Resp 803.481/GO**, Rel. Min. Nancy Andrighi. Julgado em 28/06/2007. DJU 01.08.2007, p.462. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/scon>>. Acessado em 08/06/2021

STJ, 3ª T. **AGRAVO DE INSTRUMENTO 563255/RJ**, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros. Julgado em 20/09/2004. DJ: 18/10/2004, p 271. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/scon>>. Acessado em 08/06/2021

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

THEODORO, Humberto Júnior. **O contrato e sua função social**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

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

TIMM, Luciano Benetti. Ainda sobre a Função Social do Direito Contratual no Código Civil brasileiro: justiça distributiva versus eficiência Econômica. **Revista da AMDE**, [S.l.], v. 2, jul. 2009. Disponível em: <<http://www.revista.amde.org.br/index.php/ramde/article/view/26/24>>. Acessado em 23 de junho de 2021.

TJ-AP, **ROPS 0004417-68.2019.8.03.0002**, Rel. Desem. José Luciano de Assis. Julgado em 25/05/2020. DJ: 25/05/2020. Disponível em: <<https://www.tjap.jus.br/portal>>. Acessado em 09/06/2021