

**CONTRATOS SOCIALMENTE DISFUNCIONAIS E RESPONSABILIDADE
POR DANOS: COMENTÁRIO AO ACÓRDÃO PELO QUAL O SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA JULGOU O RECURSO ESPECIAL 1.295.838/SP**

*DISFUNCTIONAL CONTRACTS AND CIVIL LIABILITY: SOME REMARKS TO
THE BRAZILIAN SUPERIOR COURT OF JUSTICE DECISION ISSUED IN
RECURSO ESPECIAL 1.295.838/SP*

André Luiz Arnt Ramos¹

Resumo: O texto analisa e comenda o acórdão pelo qual o Superior tribunal de Justiça, por sua Terceira Turma, julgou o Recurso Especial número 1.295.838/SP. A partir de revisão de literatura e da aplicação da metodologia de análise de decisões, aponta aspectos positivos e negativos das razões informadoras do julgamento, com ênfase à construção paulatina do sentido contemporâneo da função social do contrato, consagrada legislativamente pelo artigo 421 do Código Civil. Propõe, ao final e sob o pálio da acepção de segurança jurídica como exigência de coerência normativo, caminhos para exploração da referida normativa e do entendimento referendado pela Corte.

Palavras-chave: Função social do contrato; responsabilidade por danos; Direito Civil contemporâneo.

Abstract: The following article scrutinizes and comments the decision issued by the Third Panel of the Brazilian Superior Court of Justice in judging Recurso Especial 1.295.838/SP. It points out, departing from a literature review, positive and negative aspects of such court opinion, while emphasizing the progressive adscription of meaning to the social function of contract, as established in article 421 of the Brazilian Civil Code. As a closing remark and under the light of a coherentist conception of legal certainty, the manuscript considers the opportunities for further development of the issue stemming from the aforementioned decision.

Keywords: Social function of contract; civil liability; contemporary Private Law.

INTRODUÇÃO

A função social do contrato é consagrada pelo artigo 421 do Código Civil Brasileiro. Sem embargo de sua qualificação como preceito de ordem pública, o conteúdo prescritivo da função social do contrato é ainda bastante nebuloso. E

¹ Doutor e mestre em Direito das Relações Sociais pela UFPR. Experiência pós-doutoral concluída na UFPR. Experiência pós-doutoral em andamento na UniLasalle. Associado ao Instituto dos Advogados do Paraná, ao Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil e ao Instituto Brasileiro de Direito Contratual. Professor universitário e advogado. E-mail andre@arntamos.adv.br.

a literatura jurídica, muito embora conte com contribuições importantes para seu desvendar, titubeia diante do desafio de delimitar o sentido do preceito à luz do Direito Civil brasileiro contemporâneo. Apesar desse estado de coisas, há importantes decisões judiciais que, mesmo implicitamente, sistematizam as diferentes concepções existentes na comunidade especializada e auxiliam a aclarar os limites e potencialidades da função social do contrato. É o caso do acórdão pelo qual a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça julgou o Recurso Especial 1.295.838/SP.

Este artigo se dedica a analisar e comentar as razões da decisão, sob o pálio da concepção coerentista de segurança jurídica. Persegue tal desiderato mediante recurso à metodologia de análise de decisões, delineada por Freitas Filho e Moraes Lima². Mais especificamente, o texto busca (i) organizar informações relativas à decisão no contexto do Direito Civil brasileiro contemporâneo; (ii) verificar, nele, a (in)coerência dos porquês do ato decisório; e (iii) produzir uma explicação da (im)propriedade da decisão, a partir da interpretação dos argumentos que lhe sustentam.

Para tanto, o texto se divide em duas seções. A primeira descreve o estado da função social do contrato na comunidade jurídica especializada. A segunda descreve a decisão, delimitando os fatos da causa e as razões de decidir. Demonstra, ainda, que, mesmo sem alusão expressa à função social do contrato, o Superior Tribunal de Justiça ofereceu importante contribuição ao entendimento do tema na contemporaneidade. Adiante, seguem-se apontamentos conclusivos.

1. FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO, ESSA VELHA DESCONHECIDA

² FREITAS FILHO, R. e MORAES LIMA, T. Metodologia de análise de decisões – MAD. *Univ. JUS*. Brasília, n. 21, p. 1-17, jul./dez. 2010.

A civilística brasileira debate com fervor o alcance de leituras funcionais dos institutos fundamentais de Direito Civil³. Embora haja adeptos e críticos delas, da chamada constitucionalização, do emprego de enunciados deliberadamente indeterminados, e de tantos outros tópicos polêmicos, sua suscitação é inescapável. A reconsideração do fundamento, do sentido e da finalidade de contrato, propriedade e família – bem assim de institutos como a *responsabilidade* que os cortam transversalmente – varia em intensidade e conteúdo, ao sabor das preocupações e vieses de cada interlocutor.

Particularmente no tocante à função social do contrato, normativamente exigida pelo artigo 421 do Código Civil, três grandes argumentos se confrontam.

O primeiro, rotulado de *solidarista*, esquadrinha a função social como limite e exigência de contributos direcionados à coletividade. Dela é ilustrativa a posição, dentre tantos outros, de Lôbo, que afirma a supremacia dos *interesses sociais* sobre os individuais, especialmente no que tange ao exercício de liberdades econômicas, seja em perspectiva estática⁴, seja em senso de dinamicidade⁵. Isto é: a renovação conceitual dos institutos fundamentais de Direito Civil, imprimida por este corte funcional, se volta à eliminação, daqueles, de tudo o que seja eliminável desde o prisma do interesse coletivo⁶.

O segundo, afeito a determinadas leituras de Direito e Economia, como as referendadas por Timm⁷ e Sztajn⁸, acena para a correspondência quase

³ A propósito: “Do Direito Civil aos direitos civis fundamentais, a estrutura cede passo à função.” (FACHIN, L. E. *Direito Civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 95).

⁴ Isto é, com relação à propriedade, a respeito de cuja função social Lôbo anota: “A função social é incompatível com a noção de direito absoluto, oponível a todos, em que se admite apenas a limitação externa, negativa. A função social importa limitação interna, positiva, condicionando o exercício do próprio direito. Lícito é o interesse individual quando realiza, igualmente o interesse social” (LÔBO, P. L. N. *Constitucionalização do Direito Civil. Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 36, n. 141, pp. 99-109, 1999, p. 105).

⁵ Ou seja, com relação ao contrato, cuja função social, segundo o mesmo autor: “determina que os interesses individuais das partes do contrato sejam exercidos em conformidade com os interesses sociais, sempre que estes se apresentem. Não pode haver conflito entre eles, pois os interesses sociais são prevaletentes” (LÔBO, P. L. N. *Direito Civil: Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 67).

⁶ Cf., neste quadrante: FACHIN, L. E. *Função social da posse e a propriedade contemporânea: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988, pp. 17-21.

⁷ V. TIMM, L. B. *Direito, mercado e função social*. In: TIMM, L. B. *O Novo Direito Civil: ensaios sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

⁸ V. SZTAJN, R. *Mercados e a função social do contrato*. *Revista de Direito Empresarial*. São Paulo, v. 12, pp. 19-33, nov./dez. 2015.

integral entre a função econômica e a função social dos institutos de Direito Civil em geral e do *contrato* em especial. Assim e em resumo, sua *função social* se resumiria a reduzir custos de transação e lubrificar as engrenagens do mercado. Este viés, que desponta triunfante no texto da Lei da Liberdade Econômica, é marcado pela ênfase aos indivíduos, nos custos de transação, nas externalidades de atividades econômicas e nas consequências (deletérias)⁹ da atuação do Estado na economia.

O terceiro, enfim, acolhe apreensões dos anteriores e as enfeixa em argumento bifronte pela promoção de liberdade(s) e na preservação de garantias institucionais¹⁰. Por um lado, então, delineia a função social como um direcionamento da liberdade contratual à maximização de liberdades. E isso engloba tanto a liberdade negativa dos contratantes quanto as liberdades positiva e substancial suas e de todos os afetados, em caráter mais ou menos imediato, pela contratação entabulada. De outra banda, traz consigo deveres de

⁹ Esta percepção é sintetizada pela seguinte passagem: “Consequentemente, por meio do modelo econômico de contrato, pode-se perceber que o modelo solidarista (paternalista) de direito contratual não é capacitado para alcançar o seu propósito de bem-estar na sociedade, vez que poderá, aleatoriamente, beneficiar alguns indivíduos, mas, proporcionalmente, prejudicar muitos outros mais. A intensificação da proteção legal de uma das partes (locatários, por exemplo) traz em seu bojo, geralmente, um aumento total de custos ao mercado (locação, no caso). Estes custos terminam sendo repassados aos sujeitos atuantes do lado da demanda (...), os quais pagarão um preço mais alto” (TIMM, L. B. *Direito contratual brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 204).

¹⁰ V. PIANOVSKI RUZYK, C. E. *Institutos fundamentais de Direito Civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família*. Rio de Janeiro: GZ, 2011, e ARNT RAMOS, A. L. *Segurança jurídica e indeterminação normativa deliberada: elementos para uma Teoria do Direito (Civil) Contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 2021.

proteção e promoção às garantias institucionais¹¹, como ressaltam Penteado¹², Klein¹³ e Salomão Filho¹⁴.

À luz dessa última perspectiva, pode-se dizer que a avaliação do cumprimento da função social do contrato se verifica pelo contributo que oferece à vivência de liberdades *em sociedade*, as quais se asseguram, também, pelo resguardo às garantias institucionais. Nesta qualidade, tutela não apenas o que é de cada um, mas também o que se protege ou afirma com mirada transindividual. Esta recondução a categorias usuais no seio da comunidade jurídica e permissivas de delimitação do alcance da normativa da função social do contrato pode contribuir para sua fundamentação e operabilidade para além das partes.

Tal desenho traz consigo o desafio de calibrar, com altivez e assertividade, as consequências impostas da disfuncionalidade contratual. Nem poderia ser diferente, pois “a função (...) aponta para um ‘porto’ que deve ser visado pela navegação dos titulares de direito. O desvio de rota (disfunção) é

¹¹ “As garantias institucionais têm características bem distintivas. Em primeiro lugar, todas elas são a um tempo destinadas à proteção do interesse de cada indivíduo e de sua coletividade, seja ela numericamente determinável ou não. Mais, ainda, em todas elas o interesse institucional é jurídica e economicamente destacável do interesse individual. Juridicamente, na medida em que a lei, ou a doutrina, se encarregam de estabelecer instrumentos protetores especiais e diversos dos instrumentos protetores dos interesses privados para esses especiais interesses (...). Economicamente, porque a proteção da referida garantia institucional deve representar uma utilidade para a coletividade que não se confunda com a utilidade individual e também inconfundível com a utilidade pública. (...) Finalmente, os interesses institucionais devem ser dotados de reconhecimento jurídico e social. Basta o reconhecimento constitucional dos interesses (por exemplo: meio ambiente, defesa da concorrência) para que sua proteção como garantia institucional seja imperiosa (desde que obviamente presentes os requisitos mencionados anteriormente)” (SALOMÃO FILHO, C. Função social do contrato: primeiras anotações. *Revista dos Tribunais*, v. 823, pp. 67-86, mai. 2004, p. 73-74).

¹² “O contrato insere-se em um sistema maior de trocas e de estratificação de tendências sociais e, deste modo, pode ser visto sob o prisma de elemento que deve atender a certas garantias institucionais, sob pena de ineficácia. (...) *O princípio da função social do contrato permite a tutela difusa pelo judiciário das garantias institucionais. Liberta a tutela de interesses supra-individuais da tutela administrativa ou da casuística prevista em lei*” (PENTEADO, L. C. *Efeitos contratuais perante terceiros*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, pp. 269-270).

¹³ “O princípio da função social de contratar traz para dentro da relação contratual os interesses sociais juridicamente protegidos, como o meio-ambiente e os consumidores. Deste modo, qualquer avença entre dois empresários que afete interesses como os dos consumidores, trabalhadores, meio ambiente, concorrência, entre outros, pode ser questionada por entidades representativas destes interesses” (KLEIN, V. *A economia dos contratos: uma análise microeconômica*. Curitiba: CRV, 2015, p. 168).

¹⁴ “o sentido da justificação do contrato a partir de sua função social está em reconhecer que o contrato (...) é um instrumento de organização social e econômica. Como tal deve ter em conta os interesses – não particulares, mas institucionais – que o cercam” (SALOMÃO FILHO, C. Função social do contrato: primeiras anotações..., p. 79).

coibido”¹⁵. Ela se verifica, em miúdos, sempre que um contrato implicar ou agravar déficits de liberdades, refugar o incremento delas em concreto ou mesmo agredir garantias institucionais. Três caminhos de enfrentamento, então, se desenham.

Em primeiro plano, face à inafastabilidade do artigo 2.035, parágrafo único, do Código Civil¹⁶, o contrato ou convenção particular que contrariar sua função social e macular, reduzir ou claramente deixar de promover liberdades ou garantias institucionais carecerá em absoluto de validade. A disfunção integral da avença, portanto, importa sua nulidade – argumento facilmente extraível do texto legal e desenvolvido, mesmo antes da entrada em vigor do Código Civil, por Nalin¹⁷.

A disfunção de certa(s) cláusula(s) ou consequência(s) da avença que não maculem sua razão de existir, por outro lado, comportam simples revisão, com remoção da porção inválida, em prol da conservação dos negócios jurídicos (também da confiança negocial e da segurança visada pelas partes e pelo contexto em que se contrata). Novamente, trata-se de direta aplicação de dispositivos legais específicos e ou técnicas consagradas, como a redução ou a conversão do negócio, ao modo esboçado pela comunidade jurídica especializada¹⁸.

¹⁵ PENTEADO, L. C. *Direito das Coisas*. 2ª Ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 198

¹⁶ “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”.

¹⁷ “E, para o contrato, seria oportuno e correto mencionar uma *“ablazione”*, assim como para a propriedade, inserindo a sua versão patológica num dos já consagrados segmentos da teoria da invalidade do negócio jurídico, ou seria necessário um reenquadramento do tema? Em brevíssimas considerações, creio que a matéria transite em nível de nulidade virtual, cuja eficácia, mesmo sem um texto que a torne expressa, mas por força da gravidade da lesão que consigo traz, implique a nulidade absoluta do contrato. Entretanto, em razão dos interesses coletivos que o contrato possa trazer consigo, caberá ao intérprete definir a consequência por tamanha violação, sem perder de vista, ademais, uma desejada conservação dos efeitos do negócio jurídico, quando possível for” (NALIN, P. A função social do contrato no futuro Código Civil Brasileiro. *Revista de Direito Privado*. São Paulo, v. 12, pp. 50-60, out./dez. 2002, p. 56).

¹⁸ V. OLIVEIRA, C. E. E. Considerações sobre os planos dos fatos jurídicos e a “substituição do fundamento do ato de vontade”. *Textos para discussão*. Brasília, n. 270, fev. 2020.

Em segundo plano, disfuncionalidades não originárias ou circunstanciais, podem comportar enfrentamento pontual segundo os critérios coerentistas da função como liberdade, complementados pelo resguardo às garantias institucionais. Deste modo, em vez de medidas drásticas que interferem na totalidade do contrato ou de precipitadas cominações em abstrato, avaliações concretas podem conduzir à ineficácia de cada aspecto disfuncional – consequência vislumbrada, *e.g.*, por Haddad¹⁹ e Penteadó²⁰, como característica marcante da aplicação da função social do contrato. Isto é: o contrato e a operação econômica por ele revestida se preservam na maior extensão possível, ressalvados seus componentes avessos, negatórios ou prejudiciais a liberdades ou a garantias institucionais.

Até aqui, ressalvadas as defesas as vezes reducionistas de uma ou outra solução aventada, há pouco ou nada de novo. Em rigor, elas exprimem duas graduações do remédio costumeiramente prescrito para os *negócios ilícitos*²¹. Há, todavia, um terceiro plano de consequências juridicamente admissíveis. E é ele que interesse mais especialmente a esta investigação: o enfrentamento da disfuncionalidade pela via do Direito de Danos. Assim, eventual esterilidade das consequências de invalidade ou ineficácia do contrato face à configuração de dano antijurídico pelo inadimplemento de dever obrigacional ou pela eficácia detrimental a liberdades das partes ou de terceiros, ou mesmo de garantias institucionais, permite cogitar do remédio da reparação civil²². A depender da configuração da ofensa e de sua intensidade, todo o ferramental da Responsabilidade por Danos se porá à disposição da reparação ou compensação do dano suportado pela(s) vítima(s), observada a tríade

¹⁹ Ressalvadas pequenas dissintonias com o texto do artigo 2.035, parágrafo único, do Código Civil, o autor paulista sustenta: “No que toca à função social do contrato, parece certo que não se deve cogitar de reflexos de sua violação no plano da validade, já que ela não tem raízes na parte geral. A afirmação de nulidade, de fato, só poderá ter lugar se o desrespeito à função social do contrato coincidir com uma ou mais das hipóteses taxativas de nulidade previstas nos arts. 166 e 167 do Código Civil. Todavia, se há incidência desses últimos dispositivos legais, não há motivos ou utilidade em se invocar a função social do contrato. Assim, o eventual descumprimento dessa função deve ser tratado no plano da eficácia” (HADDAD, L. G. *Função social do contrato: um ensaio sobre seus usos e sentidos*. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 114-115).

²⁰ PENTEADO, L. C. *Direito das Coisas...*, p. 216.

²¹ GOMES, O. *Introdução ao Direito Civil*. 19ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 439.

²² V. BRASILEIRO BORGES, R. C. Reconstrução do conceito de contrato: do clássico ao atual. In: HIRONAKA, G. M. F. N. e TARTUCE, F. *Direito Contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007, p. 35.

deontológica fundamental da *tutela prioritária da vítima, máxima reparação e solidariedade social*²³.

2. RESPONSABILIDADE POR DANOS DECORRENTES DE CONTRATOS DISFUNCIONAIS. OU: A LIBERDADE CONTRA AS LIBERDADES

A função social do contrato, ao exigir contributos em prol de liberdade(s) e garantias institucionais, impõe deveres aos agentes econômicos. Vincula, portanto, seu comportamento, que, se desviante, incorrerá em antijuridicidade e poderá ensejar sanção²⁴. Essa contrariedade ao Direito pode estar no próprio *agir* ou em seu resultado danoso, o que, na presença dos demais elementos do juízo de responsabilidade (nexos de imputação e causalidade), resultará em consequência reparatória. É dizer: a violação aos deveres decorrentes da função social do contrato, se danosa, pode ativar a maquinaria da responsabilidade por danos²⁵. A propósito:

Enquanto ato ilícito, a ação contrária à função social da qual resulte dano enseja, por óbvio, a *responsabilidade civil*. Trata-se da díade *dever primário – dever secundário* sobre a qual se fundamenta a responsabilidade, na qual o primário é o dever estabelecido em lei ou negócio jurídico, e o secundário é o dever de indenizar (reparar e compensar) os danos causados²⁶.

Dada a maleabilidade das normativas conformadoras do modelo brasileiro de responsabilidade por danos, não é raro que haja variações acerca da caracterização e da categorização do dano decorrente de contrato disfuncional. Silvestre, em tese dedicada ao tema, cogita de sua caracterização como *dano social*, à luz da concepção sustentada por Junqueira de Azevedo. Seria assim

²³ V. CATALAN, M. J. *A morte da culpa na responsabilidade contratual*. 2ª Ed. Indaiatuba: Foco Jurídico, 2019, p. 41, e CUNHA FROTA, P. M. Responsabilidade por danos e a superação da ideia da responsabilidade civil: reflexões. In: ROSENVALD, N. e MILAGRES, M. (Coords.). *Responsabilidade Civil: novas tendências*. Indaiatuba: Foco Jurídico, 2017, pp. 211-212.

²⁴ V. GRAU, E. Notas sobre a distinção entre obrigação, dever e ônus. *RFDUSP*. São Paulo, v.77, pp.177-183, 1982.

²⁵ SILVESTRE, G. F. *A responsabilidade civil pela violação à função social do contrato*. São Paulo: Almedina, 2018, p. 225 e ss.

²⁶ SILVESTRE, G. F. *A responsabilidade civil pela violação à função social do contrato...*, p. 229.

pois “o que pretende o art. 421 é o desenvolvimento de um *bom contrato*, aqui entendido como aquele que oferece a garantia à sociedade de que sua causa e o desenvolvimento socioeconômico”²⁷. Sua violação, então, ostentaria a mais alta gravidade. Com isso, o autor acomoda o desbloqueio de cargas punitivas ao juízo de responsabilidade – tema que desperta paixões e disputas pelo próprio viés do Direito Civil, se de *acesso*²⁸ ou *sancionatório*²⁹. À parte os diferentes vetores passíveis de discussão, há convergência quanto à premissa de que a disfunção contratual pode ensejar responsabilização por dano.

Neste prisma, muito embora nem sempre seja empregado o sintagma “função social do contrato” e conquanto sua invocação nominal pelos Tribunais acuse alcance reduzidíssimo de seu sentido *socia*³⁰, convém discutir exemplos de concretização do argumento apresentado. Isto é: casos de responsabilização ancorados na tensão entre a liberdade exercida na contratação e suas repercussões aflitivas para liberdades outras ou para os arranjos normativo-institucionais que lhes servem de *habitat*.

Merece destaque, nesta esteira, o acórdão pelo qual o Superior Tribunal de Justiça, por sua Terceira Turma e sob relatoria original da Ministra Nancy Andrighi, julgou o Recurso Especial 1.295.838/SP. Discutia-se, na ocasião, a possibilidade de responsabilização civil da administradora do Shopping Popular

²⁷ SILVESTRE, G. F. *A responsabilidade civil pela violação à função social do contrato...*, p. 235. A passagem é assim complementada pelo autor: “A função social do contrato pretende assegurar: uma ética solidarista para o contrato enquanto instrumento de circulação de riquezas; a preservação da confiança nas relações econômicas; o ‘jogo limpo’ entre as partes e terceiros, e terceiros e as partes; e uma exemplar e correta contratação, tanto na fase de tratativas quando na fase de execução”.

²⁸ V. LORENZETTI, R. L. *Fundamentos do Direito Privado*. Tradução de Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: RT, 1998, p. 86 e ss.

²⁹ V. FEIJÓ, A. N. *Direito Civil punitivo: do dano moral punitivo à causa de multa civil*. Curitiba: Juruá, 2019, *passim*.

³⁰ Estudo realizado na Universidade do Estado do Rio de Janeiro a respeito da aplicação dos princípios contratuais pelo Tribunal de Justiça local acusam que em 68% das decisões que invocaram a função social do contrato, seu uso se restringiu a “mera menção na fundamentação”, bem assim que em 16% dos casos, a referência ao sintagma consta apenas da ementa do julgado. É dizer: em 84% dos casos analisados fez-se tudo *menos* aplicar a função social como normativa – o que é dado alarmante, mesmo se comparado aos demais princípios do Direito dos Contratos. O mesmo, ao levantar todos os casos julgados pelo Tribunal Fluminense com menção à função social do contrato entre 2014 e 2016, acusa que em nada menos que 95% das decisões ela foi invocada com o escopo de proteger direitos de um dos contratantes. Os 5% restantes se distribuem entre o resguardo da coletividade (3%) e de terceiros (2%) – v. Cf. TERRA, A. M. V., KONDER, C. N. e CRUZ GUEDES, G. S. Boa-fé, função social e equilíbrio contratual: reflexões a partir de alguns dados empíricos. In: TERRA, A. M. V., KONDER, C. N. e CRUZ GUEDES, G. S. (Coords.). *Princípios contratuais aplicados: boa-fé, função social e equilíbrio contratual à luz da jurisprudência*. Indaiatuba: Foco, 2019, p. 13-15.

25 de Março, em São Paulo, pelas sistemáticas violações à concorrência e à propriedade industrial perpetradas por seus locatários³¹.

A administradora fora condenada pelas instâncias ordinárias a responder solidariamente pela contrafação da marca “Track & Field”, ao fundamento de que oferecia espaço para a perpetuação de ilícitos notoriamente conhecidos. Interpôs, então, recurso especial, no qual arguia: (i) que apenas os locatários poderiam responder pelas atividades desenvolvidas – o que, a primeira vista, guarda simetria ao desenho legal do contrato de locação; e (ii) que lhe faleceria “o poder de coerção, de polícia, de titularidade do Estado, para exercer a fiscalização sobre a existência ou não de contrafação da marca da recorrida e impedir a venda, exposição ou depósito de produtos dos lojistas nessa situação”.

O voto da relatora, neste particular, principia pela caracterização do arranjo contratual do “Shopping 25 de Março” como um simples aglomerado de lojas. Isto é: em consonância com decisões pretéritas da Corte, não se poderia considerar existente locação em *shopping center*, caracterizada pelo maior poder de ingerência do locador nas atividades dos locatários. À vista disso e dos limites à ingerência dos particulares sobre negócios alheios, inclusive na locação em *shopping center*³², não seria possível superar os limites da responsabilidade do locador em contratos usuais de locação comercial:

49. Nesse contexto, não se vislumbra que medidas poderiam ter sido adotadas pela CALINDA para reprimir a contrafação da marca “Track & Field”, perpetrada pela LIANG PRESENTES, que locava um dos espaços do “Shopping 25 de Março”.

50. Na condição de administradora, a CALINDA não pode exigir dos lojistas que exibam as notas fiscais de compra das mercadorias expostas, tampouco detém qualificação técnica para avaliar a originalidade desses produtos.

51. Ainda que a venda de produtos falsificados naquela região seja notória, essa circunstância não autoriza a CALINDA a pressupor que todo e qualquer locatário – efetivo ou potencial – seja um falsificador.

52. Repise-se que, na qualidade de locadora, a sua responsabilidade se restringe aos elementos necessários à perfeita execução do contrato de locação, isto é, estabelecimento comercial devidamente constituído, com objeto social lícito e sócios idôneos.

53. Nesse sentido, não consta dos autos nenhuma informação de que as empresas instaladas no Shopping 25 de Março e/ou seus sócios

³¹ Consta do voto da relatora: “Cinge-se a controvérsia a verificar (...) a possibilidade de se atribuir à administradora do ‘Shopping 25 de Março’ a responsabilidade pela comercialização de produtos contrafeitos da marca ‘Track & Field’, nos espaços por ela alugados”

³² A repetição e a aparente contradição, neste ponto, refletem o modo com que construído este *dictum* do voto.

tivessem qualquer pendência frente ao Poder Público que impedisse a celebração dos contratos de locação.

54. Ademais, sendo notória a prática da atividade ilícita, cabe à administração pública agir de forma eficaz e ostensiva, reprimindo-a. (...) a fiscalização acerca dessa condição compete precipuamente ao Poder Público e não aos locadores ou administradores dos espaços.

Adiante, o voto discorre sobre a função social do contrato. Identifica-a como instrumento de resguardo à coletividade³³. Em seguida, anota que haveria violação à função social se fosse verificável “a extrapolação abusiva e ilegal dos resultados que usualmente se espera dessa modalidade de contratação”, bem como eventual abuso por parte do locador, “na tentativa de incrementar seus ganhos financeiros, em detrimento de terceiros e da própria sociedade”. Assim, como as instâncias ordinárias consignaram que os locativos tinham valor fixo, de modo que o sucesso ou fracasso comercial das lojas é irrelevante para o resultado auferido pela locadora, “não há como pressupor tenha CALINDA se beneficiado de um maior volume de vendas derivado da comercialização de produtos contrafeitos”.

Ademais, o voto anota que conquanto a contrafação tenha atingido níveis alarmantes, “a eliminação dos produtos contrafeitos do mercado não pode ter como contrapartida a afronta ao princípio constitucional da livre iniciativa, impondo ônus que tolham a liberdade de desenvolvimento das empresas”. À vista disso e no entender do voto inaugural, a locadora não teria incorrido em violação à função social do contrato. Não poderia, por conseguinte, ser responsabilizada pelo comércio, em suas dependências, de produtos falsificados.

O voto da Ministra relatora não convenceu o Ministro Sidnei Beneti, que inaugurou divergência. Em primeiro lugar, o subscritor do voto dissidente aponta para a inadmissibilidade do recurso, face ao óbice da Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça. Esse umbral da Jurisdição Extraordinária, embora mereça ser escovado a contrapelo, à luz da literatura jurídica contemporânea³⁴, figurou

³³ Diz o voto: “cabe ao Juiz se sobrepor aos direitos e interesses fixados no instrumento, sopesando se não está em jogo algum valor social que deva ser preservado, hipótese em que o fiel da balança deve pender para o lado da coletividade”.

³⁴ É o que anota Tepedino: “Reflexo ainda dessa *ideologia da subsunção* mostra-se o entendimento jurisprudencial, consolidado nos Tribunais Superiores, pelo qual o *simples* reexame de provas não justifica os Recursos Especial e Extraordinário. (...) Tal entendimento

na dissidência como *obiter dictum*. A tal registro se seguiu um argumento de mérito, no sentido de que o concurso da administradora à continuidade da exploração comercial de produtos falsificados ou contrabandeados importa sua sujeição a medidas de responsabilidade. A propósito:

devem-se afastar as alegações de infringência dos dispositivos legais alegados pela Recorrente por ter esta, sim, responsabilidade pelo que se passa nos “Stands”, em geral locados por períodos fugazes, pelos quais, em seu estabelecimento, realiza-se o comércio ilegal de produtos falsificados da marca da Autora e de outras, ou puramente contrabandeados.

Foge à realidade objetiva faticamente firmada – e, ademais, notória em termos de São Paulo e, mesmo, em termos de informação pública nacional – a exculpação da ora Recorrente por atividades de lojistas contrafeitos “*icto oculi*” à vista dos produtos contrafeitos e dos anúncios de suas vendas, com preços que por si só já evidenciam a toda a falsificação, fato que não poderia ser aceito como razão de isenção de responsabilidade do próprio “Shopping Center” – de cujos atos constitutivos, aliás, consta expressamente a autorização dos lojistas para realização de atos de inspeção e controle visando à lisura do exercício das atividades.

Em reforço à solução emprestada, o Ministro assinala que a questão não era nova naquele órgão fracionário do Superior Tribunal de Justiça: a mesma administradora fora condenada virtualmente pelos mesmos fatos em decisão mantida quando do julgamento do Recurso Especial 1.125.739/SP. O voto divergente anota, também, que, à época, pendiam de julgamento Embargos de Divergência interpostos em face deste acórdão. Eles foram inadmitidos ante à ausência de similitude suficiente entre os julgados confrontados – decisão depois sustentada no julgamento de Agravo Regimental e de Embargos de Declaração³⁵. Por tudo isso, a divergência negou provimento ao Recurso

jurisprudencial, forjado pela compreensível preocupação de reduzir o número de processos nos Tribunais Superiores, certamente causa embaraço aos eminentes julgadores, os quais dificilmente poderiam explicar a atuação jurisdicional sem a indispensável análise dos fatos concretos e de suas circunstâncias traduzidas no material probatório. (...) não há interpretação jurídica sem qualificação do fato, cujo exame, portanto, se faz imprescindível e insuperável” (TEPEDINO, G. O papel atual da doutrina do Direito Civil entre o sujeito e a pessoa. In: TEPEDINO, G., BROCHADO TEIXEIRA, A. C. e ALMEIDA, V. (Coords). *O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: Estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2016, p. 29-30).

³⁵ V. STJ, EDcl no AgRg nos EREsp 1.116.208/PE. 2º Seção, Rel.: Min. Antonio Carlos Ferreira. J.: 11/12/2013. DJe 17/12/2013.

Especial da locadora. E contou com adesão dos demais componentes do *quorum* de julgamento.

O julgado em comento resultou, portanto, em controle da adequação do contrato à Ordem Econômica, mediante chancela de responsabilidade solidária da locadora por concurso às atividades lesivas à concorrência e à marca “Track & Field”. Embora o voto dissidente não contenha menção expressa ao sintagma “função social do contrato”, seus contexto e direcionamento consubstanciam tutela de garantias institucionais (concorrência) e de liberdades (econômicas da titular da marca “Track & Field”), por via reparatória e *contra* contratos de locação *disfuncionais*³⁶.

CONCLUSÃO

O enunciado normativo deliberadamente indeterminado da função social do contrato, previsto pelo artigo 421 do Código Civil Brasileiro, parece vocacionado ao mistério. Nada obstante, a civilística brasileira contribui sobremaneira para o esclarecimento de seu sentido, mediante leituras as mais variadas que, embora rivalizem em certos aspectos, podem ser complementares.

Apesar da aparente babelização do tema, a pluralidade de concepções acerca da função social do contrato, somada a prudentes exercícios de judicatura, oportuniza múltiplas possibilidades de adensamento e concretização. Isso é revelado pelo acórdão discutido nas seções precedentes, em que o Superior Tribunal de Justiça, mesmo sem invocar especificamente a função social do contrato, conferiu densidade a esse preceito normativo atribuindo consequência vislumbrada pela literatura como cabível a contratos socialmente disfuncionais – i.e.: a deflagração dos mecanismos da responsabilidade por danos.

³⁶ SILVESTRE, G. F. *A responsabilidade civil pela violação à função social do contrato...*, p. 320-321.

REFERÊNCIAS

- ARNT RAMOS, A. L. *Segurança jurídica e indeterminação normativa deliberada: elementos para uma Teoria do Direito (Civil) contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 2021
- BRASILEIRO BORGES, R. C. Reconstrução do conceito de contrato: do clássico ao atual. In: HIRONAKA, G. M. F. N. e TARTUCE, F. *Direito Contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007
- CATALAN, M. J. *A morte da culpa na responsabilidade contratual*. 2ª Ed. Indaiatuba: Foco Jurídico, 2019
- CUNHA FROTA, P. M. Responsabilidade por danos e a superação da ideia da responsabilidade civil: reflexões. In: ROSENVALD, N. e MILAGRES, M. (Coords.). *Responsabilidade Civil: novas tendências*. Indaiatuba: Foco Jurídico, 2017
- FACHIN, L. E. *Direito Civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015
- FACHIN, L. E. *Função social da posse e a propriedade contemporânea: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988
- FEIJÓ, A. N. *Direito Civil punitivo: do dano moral punitivo à causa de multa civil*. Curitiba: Juruá, 2019
- FREITAS FILHO, R. e MORAES LIMA, T. Metodologia de análise de decisões – MAD. *Univ. JUS*. Brasília, n. 21, p. 1-17, jul./dez. 2010
- GOMES, O. *Introdução ao Direito Civil*. 19ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008
- GRAU, E. Notas sobre a distinção entre obrigação, dever e ônus. *RFDUSP*. São Paulo, v.77, pp.177-183, 1982
- HADDAD, L. G. *Função social do contrato: um ensaio sobre seus usos e sentidos*. São Paulo: Saraiva, 2013
- KLEIN, V. *A economia dos contratos: uma análise microeconômica*. Curitiba: CRV, 2015
- LÔBO, P. L. N. Constitucionalização do Direito Civil. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 36, n. 141, pp. 99-109, 1999
- LÔBO, P. L. N. *Direito Civil: Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2012

- LORENZETTI, R. L. *Fundamentos do Direito Privado*. Tradução de Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: RT, 1998
- NALIN, P. A função social do contrato no futuro Código Civil Brasileiro. *Revista de Direito Privado*. São Paulo, v. 12, pp. 50-60, out./dez. 2002
- PENTEADO, L. C. *Direito das Coisas*. 2ª Ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012
- PENTEADO, L. C. *Efeitos contratuais perante terceiros*. São Paulo: Quartier Latin, 2007
- PIANOVSKI RUZYK, C. E. *Institutos fundamentais de Direito Civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família*. Rio de Janeiro: GZ, 2011
- SALOMÃO FILHO, C. Função social do contrato: primeiras anotações. *Revista dos Tribunais*, v. 823, pp. 67-86, mai. 2004
- SILVESTRE, G. F. *A responsabilidade civil pela violação à função social do contrato*. São Paulo: Almedina, 2018
- SZTAJN, R. Mercados e a função social do contrato. *Revista de Direito Empresarial*. São Paulo, v. 12, pp. 19-33, nov./dez. 2015
- TEPEDINO, G. O papel atual da doutrina do Direito Civil entre o sujeito e a pessoa. In: TEPEDINO, G., BROCHADO TEIXEIRA, A. C. e ALMEIDA, V. (Coords). *O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: Estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2016
- TERRA, A. M. V., KONDER, C. N. e CRUZ GUEDES, G. S. Boa-fé, função social e equilíbrio contratual: reflexões a partir de alguns dados empíricos. In: TERRA, A. M. V., KONDER, C. N. e CRUZ GUEDES, G. S. (Coords.). *Princípios contratuais aplicados: boa-fé, função social e equilíbrio contratual à luz da jurisprudência*. Indaiatuba: Foco, 2019
- TIMM, L. B. *Direito contratual brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015
- TIMM, L. B. Direito, mercado e função social. In: TIMM, L. B. *O Novo Direito Civil: ensaios sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008