

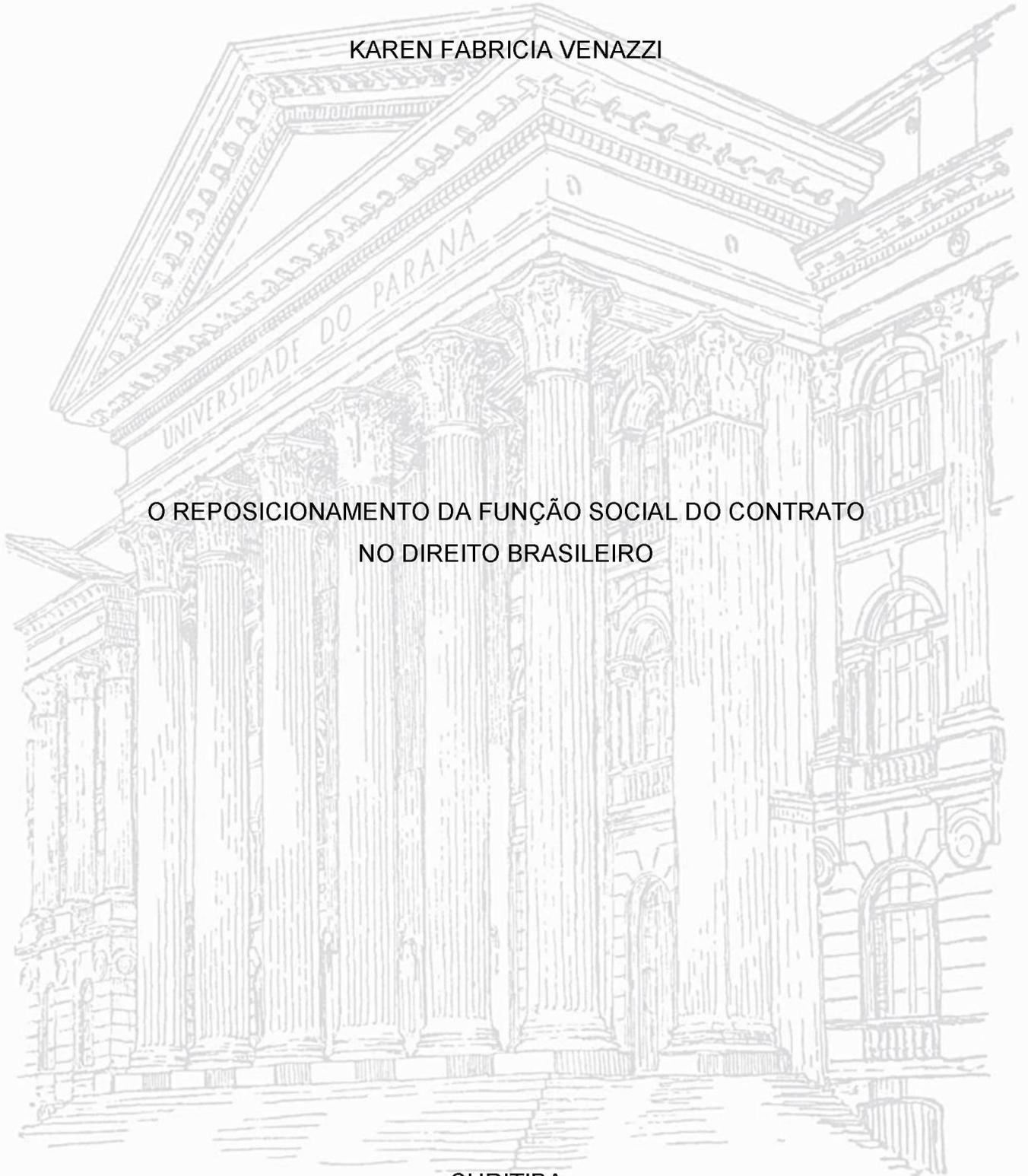
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

KAREN FABRÍCIA VENAZZI

O REPOSICIONAMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO  
NO DIREITO BRASILEIRO

CURITIBA

2023



KAREN FABRÍCIA VENZAZZI

O REPOSICIONAMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO  
NO DIREITO BRASILEIRO

Tese apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutora em Direito das Relações Sociais, junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da UFPR - Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Nalin

CURITIBA

2023

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)  
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ  
SISTEMA DE BIBLIOTECAS – BIBLIOTECA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

Venazzi, Karen Fabricia

O reposicionamento da função social do contrato no direito brasileiro / Karen Fabricia Venazzi. – Curitiba, 2023.  
1 recurso on-line : PDF.

Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná,  
Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação  
em Direito.

Orientador: Paulo Roberto Ribeiro Nalin.

1. Contratos. 2. Direito civil - Brasil. I. Nalin, Paulo  
Roberto Ribeiro. II. Título. III. Universidade Federal do  
Paraná.

## **ATA DE SESSÃO PÚBLICA DE DEFESA DE DOUTORADO PARA A OBTENÇÃO DO GRAU DE DOUTORA EM DIREITO**

No dia seis de setembro de dois mil e vinte e três às 09:00 horas, na sala de Defesas - 317 - 3º andar, Prédio Histórico da UFPR - Praça Santos Andrade, 50, foram instaladas as atividades pertinentes ao rito de defesa de tese da doutoranda **KAREN FABRICIA VENZAZZI**, intitulada: **O REPOSICIONAMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO NO DIREITO BRASILEIRO**, sob orientação do Prof. Dr. PAULO ROBERTO RIBEIRO NALIN. A Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação DIREITO da Universidade Federal do Paraná, foi constituída pelos seguintes Membros: PAULO ROBERTO RIBEIRO NALIN (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), ALEXANDRE BARBOSA DA SILVA (UNIVEL CENTRO UNIVERSITÁRIO), MARILIA PEDROSO XAVIER (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), EROULTHS CORTIANO JUNIOR (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), CARLOS EDISON DO RÊGO MONTEIRO FILHO (UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO). A presidência iniciou os ritos definidos pelo Colegiado do Programa e, após exarados os pareceres dos membros do comitê examinador e da respectiva contra argumentação, ocorreu a leitura do parecer final da banca examinadora, que decidiu pela APROVAÇÃO. Este resultado deverá ser homologado pelo Colegiado do programa, mediante o atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca dentro dos prazos regimentais definidos pelo programa. A outorga de título de doutora está condicionada ao atendimento de todos os requisitos e prazos determinados no regimento do Programa de Pós-Graduação. Nada mais havendo a tratar a presidência deu por encerrada a sessão, da qual eu, PAULO ROBERTO RIBEIRO NALIN, lavrei a presente ata, que vai assinada por mim e pelos demais membros da Comissão Examinadora.

CURITIBA, 06 de Setembro de 2023.

Assinatura Eletrônica

19/09/2023 16:22:24.0

PAULO ROBERTO RIBEIRO NALIN

Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica

20/09/2023 16:52:34.0

ALEXANDRE BARBOSA DA SILVA

Avaliador Externo (UNIVEL CENTRO UNIVERSITÁRIO)

Assinatura Eletrônica

20/09/2023 09:40:06.0

MARILIA PEDROSO XAVIER

Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica

19/09/2023 18:29:38.0

EROULTHS CORTIANO JUNIOR

Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica

09/10/2023 12:41:22.0

CARLOS EDISON DO RÊGO MONTEIRO FILHO

Avaliador Externo (UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO)

## TERMO DE APROVAÇÃO

Os membros da Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação DIREITO da Universidade Federal do Paraná foram convocados para realizar a arguição da tese de Doutorado de **KAREN FABRICIA VENAZZI** intitulada: **O REPOSICIONAMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO NO DIREITO BRASILEIRO**, sob orientação do Prof. Dr. PAULO ROBERTO RIBEIRO NALIN, que após terem inquirido a aluna e realizada a avaliação do trabalho, são de parecer pela sua APROVAÇÃO no rito de defesa.

A outorga do título de doutora está sujeita à homologação pelo colegiado, ao atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca e ao pleno atendimento das demandas regimentais do Programa de Pós-Graduação.

CURITIBA, 06 de Setembro de 2023.

Assinatura Eletrônica

19/09/2023 16:22:24.0

PAULO ROBERTO RIBEIRO NALIN  
Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica

20/09/2023 16:52:34.0

ALEXANDRE BARBOSA DA SILVA  
Avaliador Externo (UNIVEL CENTRO UNIVERSITÁRIO)

Assinatura Eletrônica

20/09/2023 09:40:06.0

MARILIA PEDROSO XAVIER  
Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica

19/09/2023 18:29:38.0

EROLTHS CORTIANO JUNIOR  
Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica

09/10/2023 12:41:22.0

CARLOS EDISON DO RÊGO MONTEIRO FILHO  
Avaliador Externo (UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO)

*Para Maysa, a razão de tudo, com todo o meu amor.*

## **AGRADECIMENTOS**

À Universidade Federal do Paraná, que me possibilitou concluir o mestrado e o doutoramento carregando o nome desta honrosa universidade.

À Università degli Studi di Milano, pela oportunidade de lá realizar parte das minhas pesquisas.

Ao meu orientador Professor Paulo Nalin, pelos valiosos ensinamentos e pelo tempo pacientemente dispensado para me guiar na conclusão desta tese.

Aos familiares e amigos que, independente da distância, se mantiveram presentes.

À minha filha Maysa, pelo apoio e compreensão nos momentos mais difíceis e que só ela sabe. *“So close, no matter how far”*.

*Allegro ma non troppo.*

(No italiano: “rápido, mas não muito” – expressão derivada do contexto da música clássica para indicar uma execução moderadamente rápida, tornou-se jargão para referenciar a importância do tempo nos acontecimentos da vida).

## RESUMO

A presente tese propõe a investigação do atual sentido e alcance da função social do contrato, para identificar em que modo e medida tem sido utilizada como fundamento nas decisões dos tribunais brasileiros e se tal aplicação é adequada e eficaz no âmbito dos contratos paritários. Para isso, foram revisitadas as normas do direito contratual à luz dos princípios constitucionais, levando em conta algumas experiências do direito italiano, berço do instituto. Tendo em vista que a dinâmica das relações contratuais transforma continuamente o mercado, renova-se uma tensão dialética bastante conhecida: liberdade contratual e função social do contrato, que por sua vez, instiga o presente estudo, dedicado à compreensão da medida em que esses ativos são operacionalizados especialmente nos contratos simétricos ou paritários, regulados pelo Código Civil. Eis o cerne deste trabalho. A pesquisa busca a formulação de uma hipótese definidora capaz de mensurar o uso da função social do contrato no direito brasileiro, a partir de sua origem, evolução e aplicação no direito italiano. A tese defende que a função social do contrato, embora positivada no Código Civil Brasileiro, tem aplicação escassa e – não raras vezes – inadequada, não se verificando um elemento capaz de caracterizá-la como fundamento de aplicação eficaz nas relações contratuais simétricas ou paritárias. Embora amplamente reconhecida a sua repercussão no ordenamento jurídico, atualmente, a função social do contrato tem se mostrado insuficiente como fundamento para a intervenção judicial, ficando condicionada à complementação por outros institutos – como a boa-fé, o equilíbrio contratual e a onerosidade excessiva. Por tal razão, a tese descreve o paradigma teórico de adequação de cláusulas gerais e princípios na fundamentação das decisões dos tribunais, à luz do qual, os artigos que tratam da função social do contrato no Código Civil são examinados, especialmente após a vigência da Lei da Liberdade Econômica. O problema de pesquisa remete à celeuma da ruptura da proteção constitucional dos direitos e liberdades em nome do desenvolvimento econômico, num contexto em que a tensão dialética revela fatores que contribuem para tornar complexo o terreno em que o problema se desenvolve. A articulação desse raciocínio faz nascer a presente tese, com finalidades teóricas e empíricas, para demonstrar a inadequação da aplicação da função social do contrato nas relações paritárias, o que leva, por consequência, a um necessário reposicionamento do instituto, a fim de preservar sua relevância e utilidade para o direito contratual brasileiro.

**PALAVRAS-CHAVE:** direito civil; contratos paritários; função social do contrato; liberdade contratual; lei da liberdade econômica.

## ABSTRACT

This thesis proposes the investigation of the current meaning and scope of the social function of the contract, to identify in what way and measure it has been used as a basis in the decisions of the Brazilian courts and if such application is appropriate and effective in the scope of joint contracts. To this end, the rules of contract law were revisited in the light of constitutional principles, considering some experiences of Italian law, the cradle of the institute. Considering that the dynamics of contractual relations continuously transform the market, a well-known dialectical tension is renewed: contractual freedom and the social function of the contract, which in turn instigates the present study, dedicated to understanding the extent to which these assets are operationalized, especially in symmetrical or paritary contracts, regulated by the Civil Code. That is the crux of this work. The research seeks to formulate a defining hypothesis capable of measuring the use of the social function of the contract in Brazilian law, from its origin, evolution, and application in Italian law. The thesis argues that the social function of the contract, although positive in the Brazilian Civil Code, has scarce and – not infrequently – inadequate application, not verifying an element capable of characterizing it as a basis for effective application in symmetrical or paritary contractual relations. Although its repercussion in the legal system is widely recognized, currently, the social function of the contract has proved insufficient as a basis for judicial intervention, being conditioned to complementation by other institutes – such as good faith, contractual balance, and excessive burdensomeness. For this reason, the thesis describes the theoretical paradigm of the adequacy of general clauses and principles on the grounds of court decisions, in the light of which the articles dealing with the social function of the contract in the Civil Code are examined, especially after the validity of the Law of Economic Freedom. The research problem refers to the excitement of the rupture of the constitutional protection of rights and freedoms in the name of economic development, in a context in which the dialectical tension reveals factors that contribute to making the terrain in which the problem develops complex. The articulation of this reasoning gives rise to the present thesis, with theoretical and empirical purposes, to demonstrate the inadequacy of the application of the social function of the contract in parity relations, which leads, consequently, to a necessary repositioning of the institute, to preserve its relevance and usefulness for Brazilian contract law.

**KEYWORDS:** civil law; paritary contracts; social function of the contract; contractual freedom; law of economic freedom.

## RIASSUNTO

Questa tesi si propone di analizzare il significato attuale e della portata della funzione sociale del contratto, per identificare in che modo e misura è stato utilizzato come base nelle decisioni dei tribunali brasiliani e se tale applicazione è appropriata ed efficace nell'ambito dei contratti congiunti. A tal fine, le norme del diritto contrattuale sono state rivisitate alla luce dei principi costituzionali, tenendo conto di alcune esperienze del diritto italiano, culla dell'istituto. Considerando che le dinamiche dei rapporti contrattuali trasformano continuamente il mercato, si rinnova una nota tensione dialettica: la libertà contrattuale e la funzione sociale del contratto, che a sua volta avvia il presente studio, dedicato a comprendere in che misura questi beni sono operativi, soprattutto nei contratti simmetrici o paritari, regolati dal Codice Civile. Questo è il punto cruciale di questo lavoro. La ricerca cerca di formulare un'ipotesi definitiva in grado di misurare l'uso della funzione sociale del contratto nel diritto brasiliano, dalla sua origine, evoluzione e applicazione nel diritto italiano. La tesi sostiene che la funzione sociale del contratto, sebbene positiva nel Codice Civile brasiliano, ha un'applicazione scarsa e – non di rado – inadeguata, non verificando un elemento in grado di caratterizzarlo come base per un'effettiva applicazione in rapporti contrattuali simmetrici o paritari. Sebbene la sua ripercussione nell'ordinamento giuridico sia ampiamente riconosciuta, attualmente, la funzione sociale del contratto si è rivelata insufficiente come base per l'intervento giudiziario, essendo condizionata all'integrazione da parte di altri istituti – come la buona fede, l'equilibrio contrattuale e l'eccessiva onerosità. Per questo motivo, la tesi descrive il paradigma teorico dell'adeguatezza delle clausole e dei principi generali nelle motivazioni delle decisioni giudiziarie, alla luce delle quali vengono esaminati gli articoli che trattano della funzione sociale del contratto nel codice civile, soprattutto dopo la validità della legge sulla libertà economica. Il problema della ricerca rimanda all'emozione della rottura della tutela costituzionale dei diritti e delle libertà in nome dello sviluppo economico, in un contesto in cui la tensione dialettica rivela fattori che contribuiscono a rendere complesso il terreno in cui si sviluppa il problema. L'articolazione di questo ragionamento dà origine alla presente tesi, con finalità teoriche ed empiriche, per dimostrare l'inadeguatezza dell'applicazione della funzione sociale del contratto nei rapporti di parità, che porta, di conseguenza, ad un necessario riposizionamento dell'istituto, al fine di preservarne la rilevanza e l'utilità per il diritto contrattuale brasiliano.

**PAROLE CHIAVE:** diritto civile; contratti paritari; funzione sociale del contratto; libertà contrattuale; legge della libertà economica.

## LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Art. – Artigo

Arts. – Artigos

Atual. – Atualizado(a)

BGB – Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil Alemão)

CCB – Código Civil Brasileiro (Lei 10.406/02)

CDC – Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90)

CF – Constituição Federal

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

Coord. – Coordenador(a)

Coords. – Coordenadores(as)

CPC – Código de Processo Civil

Des. – Desembargador(a)

DJ – Diário da Justiça

DJe – Diário da Justiça Eletrônico

Ed. – Edição

Inc. - Inciso

Julg. – Julgado

LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

MP – Medida Provisória

Min. – Ministro(a)

n. ou nº – Número

NCC – Novo Código Civil (de 2002)

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil

Org. – Organizador(a)

p. – Página

par. – Parágrafo

pp. – Páginas

PL – Projeto de Lei

Publ. - Publicação

Rel. – Relator

REsp – Recurso Especial

STF – Supremo Tribunal Federal  
STJ – Superior Tribunal de Justiça  
T. – Turma  
TJ – Tribunal de Justiça  
Trad. – Tradução  
UE – União Europeia  
V. – Volume

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>15</b>
<b>1. REFORMULAÇÃO DO CONTRATO: PREMISSAS E DESAFIOS DO DIREITO CONTRATUAL NO BRASILE NA ITÁLIA .....</b>	<b>18</b>
1.1 A EVOLUÇÃO DO SISTEMA JURÍDICO EM RELAÇÃO À CONCEPÇÃO SOCIOECONÔMICA: “O TER E O SER” NO DIREITO CONTRATUAL .....	22
1.2 A INFLUÊNCIA DO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL NO DIREITO ITALIANO E A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE CONSTITUCIONAL.....	30
1.3 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CONTRATUAL E A INTERPRETAÇÃO JURISPRUDENCIAL NO BRASIL .....	39
<b>2. A RETOMADA DO DEBATE SOBRE LIBERDADE CONTRATUAL E FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO NO DIREITO BRASILEIRO .....</b>	<b>49</b>
2.1 A LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA E SEUS EFEITOS NO ÂMBITO DOS CONTRATOS: ALTERAÇÕES NO ARTIGO 421 DO CÓDIGO CIVIL .....	52
2.2 A JURISPRUDÊNCIA E A NOVA LEI: INDICAÇÕES SOBRE A SUA RACIONALIDADE .....	56
2.3 ASPECTOS ESPECÍFICOS DOS CONTRATOS PARITÁRIOS .....	62
<b>3. INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO: CONSENSOS E CRÍTICAS .....</b>	<b>69</b>
3.1 A INTERVENÇÃO NOS CONTRATOS PARITÁRIOS E SUA FUNDAMENTAÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA .....	72
3.1.1 A essencialidade da boa-fé .....	76
3.1.2 Outros princípios relevantes .....	79
3.2 O REPOSICIONAMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO .....	86
3.3 O FUTURO DAS RELAÇÕES CONTRATUAIS PARITÁRIAS: HÁ LUGAR PARA A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO? .....	93
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>96</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>99</b>

## INTRODUÇÃO

A presente tese se propõe a investigar o atual sentido e alcance da função social do contrato no sistema jurídico brasileiro, a partir de sua origem no direito italiano, passando pela evolução histórico-jurídico-social e, mais especificamente, pelas alterações ocorridas no Código Civil Brasileiro com a promulgação da Lei n. 13.874/2019, conhecida como “Lei da Liberdade Econômica”.

A pesquisa se apresenta numa perspectiva que considera, de um lado, o pensamento jurídico preponderante na Itália quando do advento da função social naquele sistema e a realidade vivenciada quando da sua incorporação pelo direito brasileiro, e de outro lado, a atual aplicação da função social do contrato no direito brasileiro, especialmente no tocante aos contratos paritários, considerando para tanto, os possíveis impactos em razão das mudanças ocorridas no Código Civil Brasileiro com a vigência da Lei da Liberdade Econômica.

Tendo em vista a importância do contrato e o papel que a função social desempenha, revelam-se razões empíricas e teóricas para a pesquisa: em primeiro lugar, a relevância de múltiplos fatores que dizem respeito à evolução do direito contratual tanto no Brasil quanto na Itália, ambos, sistemas em que a função social é objeto de grande atenção, havendo de se examinar de que modo é utilizada nos dois países e como tem sido sua aplicação pelos respectivos tribunais.

Dentre as preocupações que motivam a presente tese, uma delas reside no fato de que, ao se impor uma função social aos contratos paritários, conferindo um encargo de tamanha subjetividade às relações contratuais paritárias (geralmente firmadas entre empresários) se esteja, paradoxalmente, a incorrer na violação do princípio da livre concorrência e da própria liberdade econômica e contratual.

Além disso, no Brasil, com a vigência da Lei da Liberdade Econômica, a discussão foi enriquecida com a alteração de vários dispositivos do Código Civil, aos quais se deve especial atenção, diante da ressignificação que pretendeu atribuir à função social do contrato, incitando um estudo sobre o “atual estado da arte” e sua afetação, para o fim de mensurar o real efeito de sua aplicação nos contratos

paritários, o que se mostra necessário, pela contribuição que pode trazer para o direito contratual brasileiro.

Registre-se que o recorte metodológico da presente tese optou por não adentrar ao estudo de direito comparado, mantendo o foco da pesquisa na investigação da função social do contrato no direito brasileiro, sem descuidar da análise de sua origem, evolução e aplicação no direito italiano, berço do instituto.

Isso porque, se ater ao estudo do direito brasileiro seria muito limitado, optando-se, assim, em recorrer ao direito italiano, e, ainda que a pesquisa em outro idioma, por um lado, represente um obstáculo na dinâmica de leitura e compreensão dos textos, por outro, a atenção redobrada permitiu a descoberta de novos horizontes para o universo do direito contratual.

Para tanto, a tese foi dividida em três capítulos.

O primeiro capítulo examina como a concepção do contrato passou de uma perspectiva individualista para uma visão mais voltada ao social, considerando a evolução histórica e socioeconômica e os impactos no cenário jurídico tanto no Brasil quanto na Itália. Explora de que modo o contrato, originalmente entendido como um mero instrumento de troca de interesses particulares, passou a ser visto como uma ferramenta de proteção dos direitos fundamentais.

Aborda a influência da metodologia do Direito Civil Constitucional na formação do Direito Contratual italiano, como a jurisprudência da Corte Constitucional italiana moldou os princípios contratuais, enfatizando a importância dos princípios e das cláusulas gerais naquele sistema, com destaque para a técnica dessa interação nas relações contratuais.

Também explora o movimento de constitucionalização do Direito Civil no Brasil e como a dignidade da pessoa humana, a solidariedade e a função social do contrato foram aplicadas pela jurisprudência, mediante análise de decisões relevantes dos tribunais brasileiros, refletindo sobre sua abrangência e limitação.

O segundo capítulo concentra-se no debate sobre liberdade contratual versus a função social do contrato no Brasil que sua retomada a partir da promulgação da Lei da Liberdade Econômica, dando especial atenção às alterações e inclusões ao

artigo 421 do Código Civil, trazendo alguns questionamentos sobre o equilíbrio entre a liberdade das partes e a fidelidade do interesse coletivo e social.

Nesse capítulo são também tratados aspectos específicos dos contratos paritários, destacando sua utilidade nos tempos atuais e em que medida foram afetados pela mudança legislativa.

Por fim, o terceiro capítulo adentra ao ponto crucial da presente tese, trazendo consensos, críticas e contrapontos à interpretação e aplicação da função social do contrato no direito brasileiro.

São explorados julgados do Superior Tribunal de Justiça que utilizaram a função social do contrato em sua fundamentação, conduzindo à reflexão sobre a (in)adequação de sua aplicação nas relações contratuais paritárias e propondo um reposicionamento da função social do contrato, a fim de aprimorar sua aplicação e preservar sua relevância diante dos desafios que se apresentam no atual contexto jurídico e socioeconômico, revelados a partir das discussões aqui travadas e que se concluem nas considerações contidas ao final da tese.

## 1. A REFORMULAÇÃO DO CONTRATO: PREMISSAS E DESAFIOS DO DIREITO CONTRATUAL NO BRASIL E NA ITÁLIA

O artigo 421<sup>1</sup> do Código Civil Brasileiro inaugura a disciplina do direito dos contratos enunciando, no *caput* de seu texto atual que “a liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato.” A amplitude desse dispositivo, caracterizado como cláusula geral<sup>2</sup>, é acompanhada por uma percepção de não se conseguir chegar a um ponto fixo, ao mesmo tempo compartilhado e satisfatório, sobre como se define esse instituto e como se identificam esses limites.

De fato, a função social é tema espinhoso e as reflexões da doutrina civilista confirmam que essa consideração continua sendo um terreno de contrastes sobre a própria possibilidade de se atribuir significado concreto a termos que parecem caracterizados por uma abstração permanente. A quantidade de escritos adotando diferentes perspectivas é impressionante: esse interesse deriva da centralidade da função social no direito contratual, do qual é um verdadeiro fulcro.

Lidar com a função social do contrato significa questionar a própria natureza do contrato, as relações entre ela e a liberdade contratual, bem como, de forma mais geral, a organização social em que a produção e a circulação de riqueza – e, portanto, o próprio contrato – representam um elemento fundamental para seu estudo, tanto do ponto de vista teórico quanto prático.

A centralidade do direito contratual no sistema de direito privado é reconhecida, também e sobretudo, pela relevância na vida social: sua importância deriva do papel fundamental desempenhado pelo contrato no sistema econômico. A instituição do contrato, que se estabeleceu como referência para a realização e regulação do mercado na era moderna, está intimamente ligada à expansão da ordem social e ao advento do capitalismo. Além disso, com a globalização, o contrato não é

---

<sup>1</sup> Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato. Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual.

<sup>2</sup> O termo será tratado mais adiante, nesta pesquisa.

apenas consagrado como instituição fundamental do direito privado, mas também como instrumento de regulação econômica<sup>3</sup>.

Os processos de globalização modificaram os sistemas jurídicos nacionais, criando novas formas de normatividade, promovendo uma espécie de contaminação legal que acaba por importar diferentes contextos para as estruturas internas do sistema de direito privado, exigindo referências que ultrapassem o ordenamento jurídico interno de um único país, para que os resultados sejam realmente conectados à realidade desse mundo globalizado em que se operam as relações contratuais.

As mudanças na concepção socioeconômica do contrato e as aplicações dos arranjos legais que se desenvolveram ao longo do tempo, permitem identificar as linhas fundamentais de evolução do sistema e confrontar as funções atribuídas ao direito contratual contemporâneo, visando compreender os fundamentos aplicáveis aos contratos paritários, cujo raciocínio conduz, por conseguinte, ao exame dos impactos que as alterações promovidas pela Lei da Liberdade Econômica causam, direta ou indiretamente, ao atual sentido e alcance da função social do contrato, e como isso vem sendo tratado pela jurisprudência brasileira.

No Brasil, o mesmo texto constitucional que assegura o princípio da autonomia privada, também consagra a função social do contrato como postulado de relações mais justas e solidárias, o que conduz a uma análise epistemológica de tais princípios para sua adequada interpretação, segundo Paulo Nalin:

O homem está no centro das atenções constitucionais. Um contrato que não leve em conta tal aspecto fundamental de nosso ordenamento jurídico é inválido, mesmo que virtualmente nulo. Uma decisão judicial que o desconsidere não realiza os valores constitucionais da dignidade e da solidariedade, sendo, destarte, contrária à Carta.<sup>4</sup>

A função social do contrato, como cláusula geral, é um instrumento para a concretização do princípio da socialidade, o que instiga uma avaliação do seu papel atual e em que medida ela ressignifica a liberdade contratual.

---

<sup>3</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Capitalismo: civilização e poder. Estudos Avançados [online]. 2011, v. 25, n. 72. [ISSN 1806-9592], pp. 251-276. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0103-40142011000200020>>. Acesso em 29 agosto 2021.

<sup>4</sup> NALIN, Paulo. Do contrato. Conceito pós-moderno: em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. Juruá. Curitiba. 2008, p. 249.

Todavia, o exercício dessa liberdade – que, teoricamente, implica a possibilidade de as partes estipularem as cláusulas contratuais que atendam seus interesses da forma mais satisfatória possível – tem despertado grande preocupação, pois existem hipóteses no ordenamento jurídico brasileiro em que estas ficam condicionadas à interpretação dos julgadores segundo as circunstâncias de cada caso, para se confirmar ou repelir o conteúdo do contrato.

A evolução do direito contratual, tanto no sistema brasileiro quanto no sistema italiano, mostra forte influência do chamado movimento de constitucionalização do direito civil, que tem como uma de suas premissas, a leitura do contrato em seu conceito pós-moderno, compreendido como a relação complexa solidária<sup>5</sup> e tendo em vista a sua função social como "postulado hermenêutico-metodológico, que condiciona internamente a legitimidade do exercício da liberdade contratual ao atendimento de interesses coletivos extracontratuais positivados constitucionalmente"<sup>6</sup>, o que possibilita analisar as perspectivas do direito contratual que se desenha na atualidade.

O contrato, visto como um processo que se encaminha a uma finalidade, que é a satisfação do interesse das partes, não comporta mais a prevalência do *status* formal das partes, mas a finalidade à qual se dirige essa relação dinâmica, cujo bem comum, traduz a solidariedade mediante a cooperação dos indivíduos para a satisfação dos interesses patrimoniais recíprocos, sem comprometimento dos direitos da personalidade e da dignidade do credor e devedor.<sup>7</sup>

O art. 421 do Código Civil Brasileiro sugere a compreensão da liberdade contratual numa perspectiva em que os interesses da sociedade se sobrepõem aos interesses particulares, sem que isso implique na anulação da vontade individual.

---

<sup>5</sup> O axioma proposto (contrato é a relação complexa solidária) leva em conta a compatibilidade do mercado com a normativa constitucional soberana da solidariedade, um contrato funcionalizado e destinado à realização de valores outros que não, somente, os patrimoniais. (NALIN, Paulo. Do contrato. Conceito pós-moderno: em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. Curitiba, Juruá, 2008, p. 255).

<sup>6</sup> KONDER, Carlos Nelson. Para além da "principialização" da função social do contrato. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, Belo Horizonte, vol. 13, Jul-Set/2017. p. 59.

<sup>7</sup> ROSENVALD, Nelson. Dignidade Humana e Boa-Fé. São Paulo, Saraiva, 2015, p. 204.

Trata-se, portanto, da manifestação de um poder que não é absoluto, pois o agir do indivíduo está limitado no ordenamento jurídico “que impõe os quadrantes da autonomia privada: a lei somente chancela o negócio que não ultrapasse a moldura da juridicidade”.<sup>8</sup>

Nesse sentido, tem-se que a liberdade contratual contempla dois aspectos: liberdade de celebração e de modelação do conteúdo do contrato, ambas podendo sofrer mitigações pelo deslocamento do referencial liberal para o intervencionista, o qual afeta o direito civil à realização de uma justiça efetiva e substancial para os interesses das partes e da coletividade. Assim, importa “corrigir ou impedir os desenvolvimentos ilimitados da liberdade contratual, assegurando uma situação real de liberdade e igualdade dos contraentes, bem como as exigências da justiça social”.<sup>9</sup>

Ocorre que a liberdade contratual está diretamente relacionada com o desenvolvimento econômico e os mecanismos de mercado, que ampliam as oportunidades de renda e a circulação de riquezas, de modo que, negar às pessoas o direito de interagir economicamente umas com as outras, pode significar uma perda social, e, caso aconteça de os efeitos das livres transações serem tão danosos para terceiros a ponto de serem em alguma medida restringidas, *ainda assim existe perda quando se impõe essa restrição, mesmo se ela for mais do que compensada pela perda alternativa dos efeitos indiretos dessas transações sobre terceiros*.<sup>10</sup>

A possibilidade de as partes disporem livremente sobre as cláusulas e condições que regem a sua relação contratual deve, portanto, ser vista como um elemento que amplia as oportunidades de negócios – e o consequente desenvolvimento econômico, cujo raciocínio encontra respaldo na formulação da lógica econômica de Amartya Sen:

(...) a negação de oportunidades de transação, por meio de controles arbitrários, pode ser, em si, uma fonte de privação de liberdade. As pessoas, nesse caso, são impedidas de fazer o que se pode considerar – na ausência de razões imperiosas em contrário – ser do seu direito fazer. Esse argumento não depende da eficiência do

---

<sup>8</sup> FACHIN, Luiz Edson. O novo conceito de ato e negócio jurídico. Curitiba: Educa e Scientia et Labor, 1988, p. 56.

<sup>9</sup> MOTA PINTO, Carlos Alberto da. Teoria geral do direito civil. 4ª Ed. Atualizada por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p.110-111.

<sup>10</sup> SEN, Amartya. Desenvolvimento como Liberdade. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 42.

mecanismo de mercado ou de qualquer análise ampla das consequências de ter ou não um mecanismo de mercado; ele se baseia simplesmente na importância da liberdade de troca e transação sem impedimentos.<sup>11</sup>

Também no direito italiano, o conceito de liberdade assume conotações variáveis a depender do período histórico a que se refere e indica nas concepções da causa do contrato, o meio pelo qual o programa negocial procede do indivíduo à sociedade.

Assim, a conjugação da liberdade contratual e da utilidade social induz à reflexão a fim de compreender como e em que medida a primeira adquire relevância dentro da segunda.<sup>12</sup>

Essa liberdade, portanto, está diretamente ligada ao desenvolvimento econômico em suas várias dimensões, dentre elas, a questão da segurança, que pode relacionar-se à limitação de direitos e liberdades democráticas. A celeuma é a construção de um sistema capaz de projetar-se no amparo aos direitos e garantias fundamentais, sem obstaculizar as práticas de mercado que estimulam o desenvolvimento econômico, desafios que – guardadas suas proporções – são comuns ao direito brasileiro e italiano.

### 1.1A EVOLUÇÃO DO SISTEMA JURÍDICO EM RELAÇÃO À CONCEPÇÃO SOCIOECONÔMICA: “O TER E O SER” NO DIREITO CONTRATUAL

A expansão do modelo global e o surgimento das teorias econômico-liberais no pós-guerra, levaram a uma desregulamentação progressiva do mercado, envolvendo um "recuo" da ação legislativa e à confiança da disciplina relativa à dinâmica da concorrência, considerada adequada para alcançar soluções benéficas através do equilíbrio de interesses contrapostos, como afirma Pietro Perlingieri:

---

<sup>11</sup> SEN, Amartya. Desenvolvimento como Liberdade. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 41.

<sup>12</sup> MAZZAMUTO, Salvatore. Libertà contrattuale e utilità sociale. Riv. Europa e Diritto Privato, n. 2, Giuffrè, 2011, 365.

Il mercato assume il ruolo istituzionale di organizzazione di relazioni sociali e di redistribuzione di ricchezza e i grandi gruppi economici, che svolgono la funzione di <<governo privato>> della società, si prestano alla cooperazione e alla sponsorizzazione compatibili con il loro egoismo, ma niente affatto disponibili a gesti e a forme di sincera solidarietà. Da qui <<Stato minimo>>, meno Stato, niente Stato, deregulation, e ancor più libertà dalla società e giovanile anarchismo; da qui, sul piano costituzionale, la tendenza a delimitare i poteri di intervento, normativi e amministrativi, in materia economica (c. d. costituzionalismo economico) e, sul piano generale, un atteggiamento culturale tendente a minimizzare la necessità di far ricorso alle restrizioni etiche interne e/o a quelle giuridico-politiche esterne imposte al comportamento umano.<sup>13</sup>

O mercado global é gerido por regras autônomas funcionais e adaptado às exigências econômicas em evolução e seu crescente fortalecimento opera no sentido de reduzir a eficiência das políticas econômicas e sociais dos Estados, condicionando sua legislação cada vez mais livre de situações locais, trazendo o risco de degradação da proteção dos valores da pessoa e da dignidade humana.

Trata-se de um direito criado sem a mediação do poder legislativo, formado por normas destinadas a regular de maneira uniforme as relações comerciais que se estabelecem no âmbito econômico. Uma realidade caracterizada pela divisão política dos mercados em uma pluralidade de estados, cujos fatores que produziram essas regras uniformes, residem fundamentalmente na difusão internacional das práticas contratuais no mundo dos negócios, nos costumes do comércio internacional e na jurisprudência das câmaras internacionais de arbitragem.<sup>14</sup>

A evolução do mercado retirou a dimensão territorial e nacional dos processos comerciais, interferindo no controle deste por parte do Estado e gerando um desequilíbrio nas relações sociais, que resultaram desprovidas de uma direção

---

<sup>13</sup> PERLINGIERI, Pietro. Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020, p. 475-477. (Na tradução livre: *O mercado assume o papel institucional de organização das relações sociais e redistribuição da riqueza e os grandes grupos econômicos, que exercem a função de "governo privado" da sociedade, prestam-se a cooperação e patrocínio compatíveis com seu egoísmo, mas nada totalmente aberto a gestos e formas de solidariedade sincera. Daí o "estado mínimo", menos estado, nenhum estado, desregulamentação e ainda mais liberdade da sociedade e do anarquismo juvenil; daí, a nível constitucional, a tendência para delimitar os poderes de intervenção, regulamentares e administrativos, em matéria econômica (constitucionalismo econômico) e, a nível geral, uma atitude cultural tendente a minimizar a necessidade de recorrer a restrições éticas jurídico-políticas internos e/ou externos impostos ao comportamento humano).*

<sup>14</sup> GALGANO, Francesco. *Tratatto di Diritto Civile*, vol. I. Padova, CEDAM, 2009, p. 83-84.

ética e jurídica que garanta os valores e a dignidade da pessoa que, pelo contrário, acabam sendo degradadas para o posto de mero valor de troca.

Esse acelerado desenvolvimento do mercado evidencia a necessidade de direção ética e jurídica da vida econômica, a liberdade desenfreada traduz-se em luta e conflito, arriscando-se a relegar a dignidade pessoal à simples troca valor, expondo à marginalidade sujeitos fracos, oprimidos ou explorados. O mercado torna-se instrumento de enfraquecimento das relações sociais, conduzindo a um conflito contínuo que não pode encontrar redução ou mediação na política sem restringir as liberdades econômicas.<sup>15</sup>

A lógica individualista, subjacente ao crescimento da produção e à velocidade do comércio, não pode prevalecer sobre as prerrogativas existenciais e, em particular, sobre a solidariedade social, essenciais à convivência pacífica e ao progresso da sociedade. Como ensina Antonio Junqueira de Azevedo:

Não é possível que, ao final do século XX, os princípios do direito contratual se limitem àqueles *survival of the fittest*, ao gosto de Spencer, no ápice do liberalismo sem peias; seria fazer tabula rasa de tudo que ocorreu nos últimos cem anos. A atual diminuição do campo de atuação do Estado não pode significar a perda da noção conquistada com tanto sofrimento, de tantos povos e de tantas revoluções, de harmonia social. O alvo, hoje, é o equilíbrio entre sociedade, Estado e indivíduo. O contrato não pode ser considerado como um ato que somente diz respeito às partes; do contrário, voltaríamos a um capitalismo selvagem, em que a vitória é dada justamente ao menos escrupuloso. Reduzido o Estado, é preciso, agora, saber harmonizar a liberdade individual e a solidariedade social.<sup>16</sup>

A doutrina mais sensível às necessidades da justiça social e confiante na possibilidade de restaurar um governo de fenômenos econômicos segundo critérios axiológicos de direção, de modo a evitar os riscos apresentados pelo chamado "nihilismo jurídico" promoveu medidas corretivas visando subordinar as razões do

---

<sup>15</sup> PERLINGIERI, Pietro. Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti. Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020, p. 47.

<sup>16</sup> AZEVEDO, Antonio Junqueira de Azevedo. "Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual". São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, p. 113.

mercado às da ética, entendidas como um conjunto de valores prioritários ligados à pessoa e sua dignidade, como pontuado por Natalino Irti:

Se il mercato è ordine disegnato da regole; e il contenuto di queste può oscillare dalla semplice delimitazione e protezione di campi di attività (i nomoi di Hayek) sino alla scelta di scopi e al comando di specifici comportamenti (le thesis); allora non abbiamo, per rigore di logica, un mercato, ma tanti mercati quanto i concepibili contenuti delle norme ordinatrici. Risulta così fondamentale, nel significato autentico del “fondare”, la decisione del contenuto normativo, che è poi null’altro della decisione circa un dato ordine degli scambi. Questa decisione ha netto carattere politico, onde si discorre di politica economica; e il rigore della volontà politica dà misura alla serietà e coerenza della decisione. Attraverso le regole ordinatrici, e la decisione che le sorregge e orienta, le scelte politiche imprimono fisionomia al mondo degli scambi e conferiscono ad esso quella forma, che è propria del singolo e storico mercato, e che altrimenti sarebbe diversa da ciò che è. Si consideri, ad esempio, l’elementare relazione di scambio tra prezzo e proprietà di una cosa: essa non è isolabile dalle norme che, nei diversi regimi storici, la prevedono e disciplinano. La decisione legislativa circa la capacità dei soggetti e la commerciabilità dei beni e le modalità dell’accordo e i diritti e obblighi delle parti, esprimendosi in un insieme di regole, dà forma alla relazione di scambio nel mercato tolto in esame. Quella relazione non è che un’entità a-storica ed a-giuridica, non preesiste al diritto, ma esiste soltanto nel suo proprio statuto, nel suo prender forma da certe regole, e non da altre.<sup>17</sup>

A realização dessa estrutura implica o reconhecimento do papel regulatório da ordem, estendido à todas as áreas da atividade humana, incluindo as relações contratuais, para a proteção das prerrogativas existenciais e dos valores

---

<sup>17</sup> IRTI, Natalino. *L'ordine giuridico del mercato*, Roma, Laterza, 2004, p. 10-11. (Na tradução livre: *Se o mercado é uma ordem desenhada por regras; e o conteúdo destes pode ir desde a simples delimitação e proteção de campos de atuação (nomoi de Hayek) até a escolha de propósitos e o comando de comportamentos específicos (a tese); então, logicamente, não temos um mercado, mas tantos mercados quantos os conteúdos concebíveis das normas de ordenação. Assim, no sentido autêntico de "fundação", é fundamental a decisão sobre o conteúdo regulatório, que nada mais é do que a decisão sobre determinada ordem de trocas. Essa decisão tem um caráter político claro, então estamos falando de política econômica; e o rigor da vontade política dá medida à seriedade e coerência da decisão. Pelas regras de ordenação e pela decisão que as sustenta e dirige, as escolhas políticas dão uma fisionomia ao mundo das trocas e lhe dão aquela forma que é própria do mercado único e histórico, e que de outra forma seria diferente do que é. Considere-se, por exemplo, a relação de troca elementar entre preço e propriedade de uma coisa: ela não pode ser isolada das regras que, nos diversos regimes históricos, a proporcionam e a regem. A decisão legislativa sobre a capacidade dos sujeitos e a comercialização dos bens e os termos do contrato e os direitos e obrigações das partes, expressando-se em um conjunto de regras, dá forma à relação de troca no mercado considerada. Essa relação nada mais é do que uma entidade a-histórica e a-jurídica, não preexiste à lei, mas existe apenas em seu próprio estatuto, em sua formação a partir de certas regras, e não de outras.*

constitucionais, sendo justamente nesse caminhar que tem início o movimento de constitucionalização do direito civil na Itália.

Com a promulgação da Constituição Italiana, inaugurou-se a discussão sobre a interpretação evolutiva das normas subjacentes, o que envolveu também o Código Civil Italiano de 1942 (era pré-constitucional). A questão da conformidade das normas codicistas com a Constituição teve forte interesse do debate jurisprudencial e doutrinário na Itália, que reafirmou a absoluta receptividade das normas constitucionais e confirmou como a força dos princípios não era contraditória dentro do ordenamento jurídico.

O amplo alcance dos princípios da Constituição Italiana delegou ao legislador e aos juízes a tarefa de manter as regras do código pré-constitucional constantemente atualizadas, para garantir que os direitos invioláveis não representassem um catálogo fechado, mas, fossem permeados na evolução da sociedade, bem como os deveres vinculantes de solidariedade encontrassem novas formas de garantia e proteção.

Surgiu nessa trilha, a chamada “constitucionalização do direito civil”, ampla na doutrina e na jurisprudência, dando indícios de como a evolução da sociedade, costumes e normas técnicas de cunho científico determinam ao jurista a obrigação de subsumir determinadas normas de amplos dispositivos constitucionais: essas regras devem atualizar a interpretação das cláusulas gerais do Código Civil e, se necessário, modificar a estrutura das mais detalhadas.

Tal afirmação encontra respaldo na exposição de motivos do Código Civil Italiano de 1942, que foi assim interpretada por Filippo Vassalli:

Il diritto privato di oggi si distingue dal diritto privato di ieri per ciò che in esso è assai più operante la considerazione di fini che sono sopra ordinati ai fini individuali: un tutto um nuovo e diverso orientamento delle regole, dandosi al diritto civile um configurazione diversa da quella del diritto civile anteriore.<sup>18</sup>

---

<sup>18</sup> VASSALLI, Filippo. Motivi e caratteri della codificazione civile. *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, 1947, p. 76. (Na tradução livre: *O direito privado de hoje difere do direito privado de ontem, pois é muito mais operacional na consideração de fins supraordenados aos fins individuais: com uma orientação totalmente nova e diferente das regras, dando ao direito civil uma configuração diferente da do direito civil anterior*).

A metodologia do direito civil constitucional visa a aquisição de uma capacidade crítica hermeneuticamente orientada para a reconstrução de instituições privadas à luz do valor da pessoa humana, utilizando a teoria dos princípios e, no desenvolvimento de um sistema baseado nos valores presentes no atual sistema jurídico, visa implementar uma ordem jurídica renovada, implicando não apenas a leitura do direito civil à luz da constituição, mas, principalmente, a aplicação direta dos princípios constitucionais nas relações privadas, com especial atenção para a efetividade social dos direitos fundamentais.<sup>19</sup>

A busca, portanto, é a realização de uma sociedade fundada na dignidade da pessoa humana, ainda que, hodiernamente, a sociedade se expresse através de valores de mercado.

Para isso, é essencial compreender as normas jurídicas de acordo com a realidade social, em constante mudança, levando em conta as necessidades concretas das pessoas e considerando que a sociedade é fortemente influenciada pelos processos de globalização, cujo poder relativiza as tradicionais fronteiras criadas pela história, valendo sublinhar que tal relação apresenta particularidades, posto que a superação de certas regras só é possível através da criação de outras regras, que, por sua vez, devem refletir ao mesmo tempo, os interesses do mercado e a realização dos direitos e liberdades fundamentais, impondo o paradigma de garantir o desenvolvimento econômico sem descuidar da proteção dos valores existenciais.

A lógica de sustentabilidade do sistema mostra que não basta investir somente no mercado para impulsionar o desenvolvimento econômico, deve-se atentar também àqueles que trabalham no mercado, o que não implica a prisão do progresso, mas sua realização em respeito à pessoa e seus valores. Uma vez que a regulação do mercado não pode ser um fim em si mesmo, o empreendimento deve não apenas lidar com seus componentes internos, mas também os componentes externos, exigindo uma consciência social.<sup>20</sup>

---

<sup>19</sup> Sobre tal metodologia, utilizou-se como diretriz, obras de Pietro Perlingieri citadas na presente tese.

<sup>20</sup> PROSPERI, Francesco. *Etica, diritto e mercato globale*, in *Mercato ed etica*, Paola D'Addino Serravalle (a cura di), Napoli, ESI, 2009, p. 367.

A constitucionalização é um requisito de unidade do sistema e respeito à hierarquia das fontes, uma forma de evitar o risco de degeneração do Estado Democrático de Direito. Assim, as regras hermenêuticas devem ser expressões da estrutura e lógica do sistema jurídico e não da lógica abstrata do jurista.<sup>21</sup>

A partir da consciência de que a Constituição não é apenas e tão somente um programa para o legislativo, mas, na verdade, traduz-se em um instrumento para a convivência social, os direitos fundamentais ganham maior efetividade, como ressalta Gustavo Zagrebelsky:

Um Costituzione ignorata equivale ad un Costituzione abrogata. (...) La Costituzione non è un codice di condotta, del tipo d'un codice penale, che mira a reprimere comportamenti difforni dalla norma. È invece la proposta d'un tipo di convivenza, secondo i principi ispiratori che essa proclama. (...) Il rispetto della Costituzione non si riduce quindi alla semplice non-violazione, ma richiede attuazione delle sue norme, da assumersi come programmi d'azione politica conforme.<sup>22</sup>

Quando se fala sobre solidariedade e mercado, destaca-se o potencial conflito que pode surgir em relação à atuação do Estado na proteção dos direitos sociais. A globalização cria a necessidade de direitos comuns, que vão desde direitos econômicos e sociais até novos direitos em termos de bioética e meio ambiente, por exemplo, ou mesmo o direito à privacidade, o direito à vida, à dignidade<sup>23</sup>.

O fenômeno da massificação dos contratos e do desenvolvimento da tecnologia destaca a inadequação dos mecanismos tradicionais utilizados pelo direito civil, impondo a busca de soluções que proporcionem a realização da pessoa humana, passando-se, então, à questão da relação entre a autonomia privada e a proteção da dignidade da pessoa humana.

---

<sup>21</sup> PERLINGIERI, Pietro. Norme costituzionali e rapporti di diritto civile, *Rivista Rassegna di Diritto Civile*, n. 1, 1980, p. 107.

<sup>22</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. Si può amare la nostra Costituzione?", in *La Repubblica*. Disponível em: [https://www.repubblica.it/politica/2012/12/22/news/amare\\_costituzione-49258800/](https://www.repubblica.it/politica/2012/12/22/news/amare_costituzione-49258800/). Acesso em 29 de agosto de 2022. (Na tradução livre: *Uma Constituição ignorada equivale a uma Constituição revogada. (...) A Constituição não é um código de conduta, do tipo de código penal, que visa reprimir comportamentos diferentes da norma. É, em vez disso, a proposta de um tipo de convivência, de acordo com os princípios inspiradores que proclama. (...) O respeito à Constituição não é, portanto, reduzido a simples não violação, mas exige que a implementação de suas normas seja tomada como programas de ação política compatível*).

<sup>23</sup> RODOTÀ, Stefano. *Repertorio di fine secolo*, Roma-Bari, Laterza, 1992, p. 190.

Frequentemente recordado pela doutrina italiana, o caso ocorrido na França em 1991, conhecido como “o lançamento de anão”<sup>24</sup> talvez seja o mais clássico exemplo de princípios de equilíbrio, com a prevalência de relações existenciais sobre o patrimonial, no conflito entre a atividade econômica privada e a proteção dos direitos fundamentais.

Tal decisão confirma a posição que considera a dignidade humana como valor absoluto, caracterizando-se como um valor indispensável, mesmo por parte do próprio titular, com repercussões até mesmo na autonomia contratual, que até pouco tempo atrás era tido como o lugar do indiscutível reinado do individualismo.

Numa sociedade que afirma ter um caráter humano, a legislação deve fomentar uma política que, hoje, parece ter uma direção obrigatória: a solidariedade, a proteção da liberdade e da dignidade humana devem ser critérios norteadores para a efetiva realização da justiça social, o que significa dizer que os valores constitucionais devem estar presentes em todo o sistema jurídico, refletindo também nas relações contratuais.

Partindo de tais premissas, a presente tese analisará se a função social do contrato, considerada a forma como originou-se na Itália e como foi incorporada no sistema jurídico brasileiro – convém sublinhar que somente no Brasil<sup>25</sup> é que a função social do contrato se encontra expressamente positivada no Código Civil – possui eficácia no que se refere à sua aplicação nas relações contratuais paritárias.

---

<sup>24</sup> O fato aconteceu em 1991 na França: uma empresa no campo do entretenimento propôs em algumas discotecas uma atração incomum conhecida como "lançamento de anão", que consistia no lançamento de um indivíduo de baixa estatura (um anão) de um ponto a outro da discoteca, como se fosse uma bala. A “atração” (que foi um grande sucesso com o público) foi proibida por ordem do Prefeito de *Morsang-sur-Orge*, no pressuposto de infração ao artigo 131 do Código Municipal e com base no art. 3.º da ECHR. A partir dessa decisão, o próprio anão recorreu, argumentando que a atividade econômica privada e o direito ao trabalho são garantias fundamentais da ordem jurídica francesa. A decisão do prefeito foi então reformada pelo Tribunal Administrativo de Versailles. Na sequência, o caso foi encaminhado ao Conselho de Estado, que, por sua vez, reformou a decisão anterior, ao declarar que o respeito à dignidade da pessoa humana é um dos componentes do conceito de política pública, cabendo ao poder administrativo, no uso do poder policial, proibir atuações que prejudiquem um valor tão importante. (Julgado do Tribunal Administrativo de Versailles, em 25 de fevereiro de 1992. Publicado na *Revue Française de Droit Administratif* - RFDA 1995, p. 1204).

<sup>25</sup> Até o momento da conclusão da presente tese, não se conhece outro país que tenha inserido expressamente a função social do contrato em seu Código Civil.

## 1.2A INFLUÊNCIA DO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL NO DIREITO ITALIANO E A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE CONSTITUCIONAL

A noção de contrato está presente no art. 1321<sup>26</sup> do Código Civil Italiano, que o define como *l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale*.

Daí resulta que o contrato tem a função de estabelecer, regular ou extinguir relações jurídicas, permitindo que as partes determinem livremente seu conteúdo, observados os limites impostos por lei, conforme determina o art. 1322<sup>27</sup> – a liberdade contratual, entendida como o poder das partes contratantes de autorregular seus interesses, determinando o conteúdo, os modos de implementação e os efeitos jurídicos da relação contratual, constituindo a explicitação do princípio mais geral da autonomia privada, que encontra no contrato o principal instrumento para a sua concretização<sup>28</sup>.

Dentre as razões que enriquecem o debate no direito italiano, uma é fundamental para a compreensão da visão que propõe a metodologia do direito civil constitucional na Itália: a importância que os princípios e as cláusulas gerais assumem na fundamentação das decisões judiciais<sup>29</sup>.

Surge então, a necessidade de compreender se e, em que termos, os princípios e cláusulas gerais podem servir como critério para justificar a revisão de um contrato, o que tem sido respondido afirmativamente pela doutrina italiana, no sentido de que tais podem agir como critério de validade do regulamento contratual.

É evidente que o contrato – sujeito a uma avaliação realizada com base em um parâmetro tão amplo – seria constantemente exposto a uma incerteza

---

<sup>26</sup> Art. 1321. Il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale. (Na tradução livre: *O contrato é o acordo de duas ou mais partes para estabelecer, regular ou rescindir uma relação jurídico-patrimonial entre elas*).

<sup>27</sup> Art. 1322. Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge. (Na tradução livre: *As partes podem livremente determinar o conteúdo do contrato nos limites impostos pela lei*).

<sup>28</sup> NAVARRETTA, Emanuela. Il contratto (in generale). Il Diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 Ore, Milano, 2007, p. 137.

<sup>29</sup> O que, como será visto mais adiante, ocorre também no direito brasileiro.

desestabilizadora, cujo efeito há de ser controlado pela complementariedade que esses oferecem, de modo a cancelar tal fundamentação.<sup>30</sup>

A relação entre cláusulas gerais e princípios é controversa no direito italiano, *o debate em torno dessa relação é uma espécie de ontologismo praticado pelos juristas*, que procuram identificar um traço distintivo que permita estabelecer se está diante de um princípio de direito (e, portanto, não de uma cláusula geral), ou se está diante de uma cláusula geral (e, portanto, não de um princípio de direito).<sup>31</sup>

As cláusulas gerais e princípios permitem corrigir os resultados alcançados com a aplicação de uma regra específica, de modo que os juízes exercem um poder mais amplo do que aquele que decorre da interpretação usual da lei, correspondendo a uma maior dificuldade de decisão, pois é chamado a equilibrar interesses opostos. Tal aspecto tem seus benefícios, mas também desponta preocupações, vez que sua utilização inadequada pode resultar na transformação do sistema jurídico baseado na lei escrita em um ordenamento de direito judicial.<sup>32</sup>

Devem, portanto, operar dentro dos limites que são fixados pelos princípios, considerados de particular relevância para o sistema jurídico e cuja relevância não depende da presença de termos avaliativos.<sup>33</sup>

Nesse sentido, Federico Roselli afirma que sua elasticidade depende justamente do perfil axiológico, sendo um elemento de abertura do direito às necessidades da sociedade:

---

<sup>30</sup> Nesse sentido, o autor afirma que as cláusulas gerais devem ser preenchidas por princípios normativos de relevância hierarquicamente superior, sejam constitucionais, comunitários ou internacionais. (PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*. Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020, p. 77).

<sup>31</sup> Segundo o autor, nem toda cláusula geral é um princípio, e nem todo princípio é uma cláusula geral. A presença de um termo valorativo não implica a qualificação do enunciado normativo que o contém e de seu significado como princípio. Da mesma forma, nem todo princípio é uma cláusula geral, ou seja, não é um elemento necessário dos princípios consistir também em termos valorativos. Não há, portanto, sobreposição necessária entre cláusulas gerais e princípios e, para ser mais preciso, nem mesmo uma distinção necessária entre princípios de direito e cláusulas gerais. Nesse sentido a afirmação: “il dibattito intorno a tale rapporto è un esempio piuttosto chiaro di “ontologismo delle nozioni giuridiche” talvolta (inconsapevolmente) praticato dai giuristi”. (VELLUZZI, Vito. *Le clausole generali: semantica e politica del diritto*. Milão: Giuffrè, 2010, p. 74).

<sup>32</sup> D'AMICO, Giovanni. Problemi (e limiti) dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato. *Giustizia Civile*, n. 3 - 2016. <https://giustiziacivile.com/giustizia-civile-riv-trim/problemi-e-limiti-dellapplicazione-diretta-dei-principi-costituzionali-nei>. Acesso em 14 de agosto de 2022.

<sup>33</sup> RODOTÀ, Stefano. *Il tempo delle clausole generali*. *Rivista Critica del Diritto Privato*, 1987, p. 721.

Resistendo alla tentazione di superare um volta per tutte i diversi tentativi di definizione, mi limito qui a definire la clausola generale come disposizione, operante in um determinato ordinamento giuridico (generalmente si parla dell'ordinamento statale) e formulata attraverso espressioni linguistiche indeterminate, sì da esservi implicito il richiamo a valori della morale o del costume, generalmente recepiti in norme o principi dello stesso ordinamento (o comunque sicuramente condivisi), oppure espressi da altri ordinamenti.<sup>34</sup>

A principal característica da cláusula geral é a sua indeterminação intencional, pois *il significato di tali termini o sintagmi non è determinabile se non facendo ricorso a critério tra loro potenzialmente concorrenti*<sup>35</sup>.

Ou seja, as cláusulas gerais são métodos de redação da norma, de modo a permitir que a solução para situações captadas pela norma genericamente seja criada no ato adjudicativo, vez que a norma não a prevê de modo detalhado, mas apenas como um padrão ou uma finalidade.

Trata-se dos enunciados normativos elaborados não com o objetivo de delimitar precisamente fatos operativos e consequências normativas, mas com o intento de ostentar vagueza e genericidade, para além da generalidade própria às regras (ou aos enunciados normativos pretensamente determinados). A primazia das regras e de sua pretensa determinabilidade, então e sobretudo na esfera constitucional, cede espaço para a ascendência dos princípios; o que se espraia também pela ordem infraconstitucional, com a profusão não apenas de formulações principiológicas, como também de cláusulas gerais<sup>36</sup>.

No atual momento histórico, o sentido do direito foi disperso em normas imprevisíveis e indefinidas, e *la validità del diritto, cioè il valere della norma come*

---

<sup>34</sup> ROSELLI, Federico, Il controllo della cassazione civile sull'uso delle clausole generali, Napoli, Jovene, 1983, p. 145. (Na tradução livre: *Resistindo à tentação de superar de uma vez por todas as diferentes tentativas de definição, limito-me aqui a definir a cláusula geral como uma disposição, operando em um determinado sistema jurídico (geralmente falamos da ordem estatal) e formulada através de expressões linguísticas indeterminadas, de modo a estar implícita na referência a valores de moralidade ou costume, geralmente incorporados em normas ou princípios da mesma ordem (ou, em qualquer caso, certamente compartilhados), ou expressos por outros sistemas jurídicos*).

<sup>35</sup> VELLUZZI, Vito. Le clausole generali: semântica e política del diritto. Milão: Giuffrè, 2010, p. 62. (Na tradução livre: *O significado de tal termo ou sintagma não é determinável, senão mediante recurso a critérios potencialmente correntes*).

<sup>36</sup> ARNT RAMOS, A. L. Responsabilidade por Danos e Segurança Jurídica: Legislação e Jurisdição nos Contextos Alemão e Brasileiro. Curitiba: Juruá, 2018, p. 37.

*norma, dipende soltanto dal volere, che abbia percorso le procedure e assunto le forme stabilite.*<sup>37</sup>

Por tais razões, a identificação desses aspectos representa um momento necessário para que se possa compreender o real sentido da função social do contrato no direito italiano, essenciais para a presente pesquisa.

A história dos direitos è *storia non di armonia e di ordine sociale, ma di contestazioni delle gerarchie sociali, è storia di lotte, di antagonismi, di conflitti spesso laceranti*. Portanto, também a história da liberdade é uma história complexa, ainda em andamento, imbuída de elementos de conflito e contradições.<sup>38</sup>

Cada dimensão da liberdade tem seu próprio significado em relação aos interesses que a estão por trás, com a possibilidade de assumir diferentes significados a depender do contexto histórico, jurídico, econômico e social em que se observa, cuja perspectiva permite reconstruir o caminho da evolução e reformular os significados de tempos em tempos, em paralelo com a evolução da sociedade e do próprio mercado, ainda que tal amplitude traga seus perigos:

(...) il senso di “libertà” pare essersi smarrito, un punto in cui i (nostri) diritti di libertà sono in serio pericolo: lo smarrimento concettuale, non di rado artato, è infatti un preludio infausto per cose che, come i diritti, sono fatte di parole. Um punto in cui i (nostri) valori più sacri sono subdolamente minacciati: poiché non vi sono soltanto i “nemici esterni”, che taluni di noi scorgono nelle piane al di là delle alte mura, e di cui subiamo talora le mortifere incursioni nelle nostre capitali; vi sono anche, assai più temibili e funesti, dei “nemici interni”, i gretti oscurantisti di sempre, sovente travestiti da falsi liberali.<sup>39</sup>

---

<sup>37</sup> IRTI, Natalino. *Nichilismo giuridico*, Roma, Laterza, 2004, p. 27. (Na tradução livre: *a validade da lei, ou seja, o valor da norma como norma, depende apenas da vontade, que passou pelos procedimentos e assumiu as formas estabelecidas*).

<sup>38</sup> RIDOLA, Paolo. *Il principio libertà nello Stato costituzionale: i diritti fondamentali in prospettiva storica*. Torino, Giappichelli, 2018, p. 12. (Na tradução livre: *é história não de harmonia e ordem social, mas de contestações de hierarquias sociais, é história de lutas, de antagonismos, de conflitos muitas vezes dilacerantes*).

<sup>39</sup> BOVERO, Michelangelo. *Quale libertà. Dizionario minimo contro i falsi liberali*, Laterza, 2004, p. 6-7. (Na tradução livre: *o sentido de “liberdade” parece ter perdido o rumo, um ponto em que (nossos) direitos à liberdade estão em sério perigo: a confusão conceitual, não raramente arquitetada, é de fato um prelúdio sinistro para coisas que, como os direitos, são feitas de palavras. Um ponto onde (nossos) valores mais sagrados estão sutilmente ameaçados: já que não existem apenas os “inimigos externos”, que alguns de nós vemos nas planícies além dos altos muros, e cujas incursões mortais em nossa capital; há também, muito mais temíveis e fatais, do que os “inimigos internos”, os obscurantistas tacanhos de todos os tempos, muitas vezes disfarçados de falsos liberais*).

A liberdade contratual, na forma disposta no art. 1.322 do Código Civil Italiano, se traduz na possibilidade de determinação do conteúdo do contrato nos limites impostos pela lei. O mesmo código também apresenta disposições que atuam como instrumentos de controle dessa liberdade, a exemplo do artigo 1.418<sup>40</sup> (das causas de nulidade) que constitui uma ferramenta capaz de permitir que o ordenamento jurídico exerça uma forma de controle sobre o exercício da liberdade contratual por parte dos particulares.

Assim, a questão da liberdade contratual e seus limites pode ser abordada sob dois aspectos: o da conformidade/inconformidade do contrato com o ordenamento jurídico ou o da contraposição do contrato com os princípios e regras do sistema vigente, do qual infere-se eventuais restrições<sup>41</sup>. A fonte privada continua a ser o motor do contrato, no sentido de que ou impede uma celebração válida do contrato ou exclui a possibilidade de falar de contrato em sentido técnico, e, por outro lado, essa fonte limita a possibilidade de que outros (a lei e o juiz) participem da celebração do contrato.<sup>42</sup>

Todavia, a liberdade contratual está também vinculada a outras instituições e regras na esfera constitucional, tais como a iniciativa privada e a “funcionalização”, conforme assevera Pietro Rescigno:

Alla libertà contrattuale è possibile risalire solamente dalla garanzia di altri istituti, e specificamente dalle norme sull’iniziativa economica privata e la proprietà privata, dovendo necessariamente confluire la riflessione su quella che è stata detta la ‘funzionalizzazione’ dell’impresa, e, su piani diversi, della proprietà e del contratto.<sup>43</sup>

---

<sup>40</sup> Art. 1418. Il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente. Producono nullità del contratto la mancanza di uno dei requisiti indicati dall’articolo 1325, l’illiceità della causa [1343], l’illiceità dei motivi nel caso indicato dall’articolo 1345 e la mancanza nell’oggetto dei requisiti stabiliti dall’art. 1346. Il contratto è altresì nullo negli altri casi stabiliti dalla legge. (Na tradução livre: *Art. 1418. O contrato é nulo quando contrário a normas obrigatórias, salvo disposição em contrário da lei. A falta de um dos requisitos indicados pelo artigo 1.325, a ilegalidade da causa [1343], a ilegalidade das razões no caso indicado pelo artigo 1.345 e a falta dos requisitos estabelecidos pelo art. 1346. O contrato também é nulo nos demais casos previstos em lei (458, 778, 785, 788, 794, 1350, 1354, 1355, 1472, 1895, 1904, 1963, 1972, 2103, 2115, 2265, 2744).*

<sup>41</sup> BARCELLONA, Pietro. Libertà contrattuale. Enciclopedia del diritto, Tomo XXIV, Milano, Giuffrè, 1974, p. 487.

<sup>42</sup> RODOTÀ, Stefano. Le fonti di integrazione del contratto. Milano, Giuffrè, 1969, p. 87.

<sup>43</sup> RESCIGNO, Pietro. I contratti in generale. In: Trattato dei Contratti. 2a. ed. UTET, Torino, 2006, p. 37. (Na tradução livre: *à liberdade contratual só pode ser rastreada a partir da garantia de outras instituições, e especificamente das regras sobre a iniciativa económica privada e a propriedade privada,*

E foi justamente essa funcionalização que trouxe um interessante diálogo no direito italiano, naquele momento em que se percebia um enfraquecimento da teoria liberal que via o mercado como instrumento exclusivo de regulação das funções econômicas e para o qual, portanto, a utilidade social coincidia com a liberdade contratual, já não era possível sustentar uma presunção de justiça do contrato com base na ideia de que o cumprimento da vontade das partes assegura um conjunto equilibrado de interesses.

A fórmula da função social, originariamente concebida no direito italiano a partir das obras de Emilio Betti, diz respeito às articulações, valores e necessidades provenientes da sociedade. A Constituição italiana insta o legislador a regulamentar a propriedade privada “com o fim de assegurar sua função social”: mas esse fim foi progressivamente elevado pela doutrina à condição de pedra angular de um direito privado não mais entrincheirado atrás de uma neutralidade técnica afirmada, mas chamado para decifrar e recompor (e por vezes afetar) o prisma dos interesses socioeconômicos.<sup>44</sup>

O contrato não é o portador da “justiça natural” simplesmente porque muitas vezes não é celebrado entre sujeitos “iguais” que podem concordar livremente sobre as regras, e, portanto, cai por terra a premissa do silogismo segundo o qual a parte nunca consentiria em um arranjo destinado a causar-lhe mais perdas do que ganhos.<sup>45</sup>

Assim, o aprimoramento da estrutura de valores constitucionais traz uma nova dinâmica, que busca superar a igualdade formal com o redimensionamento da liberdade contratual, para combater o que Giuliano Amato definiu como um *vero e proprio dilemma della democrazia liberale*, que se insere no espinhoso tema da

---

como a reflexão sobre o que se tem chamado de 'funcionalização' da empresa, e, em diferentes níveis, do imóvel e do contrato).

<sup>44</sup> Dentre as obras do autor que tratam do tema, a pesquisa utilizou: BETTI, Emilio. Interpretazione della legge e degli atti giuridici - teoria generale e dogmatica. Milano, Giuffrè, 1971; e BETTI, Emilio. Le categorie civilistiche dell'interpretazione. Rivista italiana per le scienze giuridiche. Roma, 1948, p. 34-93.

<sup>45</sup> NOCERA, Ivan L. Buona fede e art. 41 Cost.: alla ricerca di un diritto contrattuale “giusto”. IANUS n. 5 – 2011, p. 175-176.

relação entre livre mercado e intervenção estatal.<sup>46</sup>

A desigualdade econômica e social e o possível abuso da liberdade contratual não foram levados em consideração à época da promulgação do Código Civil Italiano. Somente no final do século é que o contrato deixou de ser visto como um instrumento apenas de satisfação de interesses individuais, passando a ter uma função social, surgida nas aspirações da doutrina e nos movimentos de constitucionalização do direito civil.

Entretanto, essa nova noção de contrato não deveria implicar um retorno à onipotência do Estado, mas apenas a reconciliação entre indivíduo e sociedade, entre liberdade e solidariedade, de modo que o legislador deveria intervir para sanar a exploração da parte mais fraca, reduzindo as disparidades econômicas e sociais. O Estado foi, então, incumbido de um novo tipo de atuação, para criar uma legislação destinada a manter o equilíbrio e a harmonia do organismo social.<sup>47</sup>

Na contramão do que previam os liberais, o contrato já não é um instituto intangível, intocável, pois a ele impende considerar valores sociais, valores que dizem respeito à pessoa e aos direitos fundamentais. Melhor dizendo, *contratto giusto vuol dire anche contratto che non viola i diritti fondamentali della persona*.<sup>48</sup>

O movimento de constitucionalização trouxe importantes desafios para o direito contratual italiano: oferecer proteção constitucional significa fortalecer o que o contrato representa, ou seja, a liberdade contratual, e, a depender de como o intérprete é ideologicamente orientado, a liberdade atua em favor dos interesses liberais, se considerada uma expressão da liberdade da pessoa que negocia, ou, atua em favor do equilíbrio do contrato, se a orientação visa proteger a parte que sofre a imposição de condições ditadas pelo contratante mais forte.

Ocorre que essa constitucionalização do contrato, apesar da vontade de muitos civilistas italianos, nunca foi completamente realizada. A liberdade econômica,

---

<sup>46</sup> AMATO, Giuliano. Il potere e l'antitrust. Il dilemma della democrazia liberale nella storia del mercato. Bologna, Il Mulino, 1998, p. 8.

<sup>47</sup> CHIODI, Giovanni. La funzione sociale del contratto: riflessioni di uno storico del diritto. in F. Macario, M. Miletto (a cura di), La funzione sociale del diritto privato tra XX e XXI secolo, Roma, Tre Press, 2017, p. 151.

<sup>48</sup> ALPA, Guido. Le stagioni del contratto, Bologna, Il Mulino, 2012, p. 153 (Na tradução livre: *Contrato justo quer dizer, também, contrato que não viola os direitos fundamentais da pessoa*).

embora vista como expressão das liberdades individuais, há de ser exercida de acordo com os cânones da utilidade social e, portanto, numa dimensão coletiva, que não afete a dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, o artigo 41<sup>49</sup> da Constituição Italiana funciona como limite à liberdade contratual, e não como suporte à mesma. Ou seja, ao invés de constitucionalização do contrato, o que se tem é o controle da liberdade contratual de acordo com os valores constitucionais, a fim de proteger o contratante que sofre a violação desses direitos por meio da aceitação do contrato, permitindo ao juiz aplicar as normas constitucionais diretamente ao contrato.<sup>50</sup>

A liberdade contratual se traduz no poder de determinar o conteúdo do contrato e de celebrar contratos que não se enquadrem nos tipos previstos, significa liberdade de forma e inclusão do contrato.

No entanto, não parece que a Constituição Italiana preveja sequer uma garantia indireta da liberdade contratual. Tal incumprimento não serve para estabelecer uma classificação de valores que exigiria a liberdade de negociação para respeitar todos os direitos fundamentais consagrados no catálogo em que não tem lugar. Trata-se da aplicabilidade direta dos direitos fundamentais às relações privadas.<sup>51</sup>

Na sentença número 7, de 27 de fevereiro de 1962<sup>52</sup>, o Tribunal Constitucional Italiano reacendeu o debate sobre a questão da conexão entre a liberdade econômica e a proteção da pessoa: de um lado, argumentou-se que a

---

<sup>49</sup> Art. 41. L'iniziativa economica privata è libera [2082 ss. c.c.]. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana [2087 c.c.]. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali e ambientali. (Na tradução livre: *A iniciativa econômica privada é livre [2082 ss. cc]. Não pode ocorrer em desacordo com a utilidade social ou de forma a causar danos à saúde, ao meio ambiente, à segurança, à liberdade, à dignidade humana [2087 c.c]. A lei determina os programas e controles adequados para que a atividade econômica pública e privada seja direcionada e coordenada para fins sociais e ambientais*).

<sup>50</sup> ALPA, Guido. Contratto 2. Nuove fonti. Disponível em: [https://www.treccani.it/enciclopedia/contratto-2-nuove-fonti\\_%28Diritto-on-line%29/](https://www.treccani.it/enciclopedia/contratto-2-nuove-fonti_%28Diritto-on-line%29/). Acesso em 01 de novembro de 2022.

<sup>51</sup> ALPA, Guido. Diritti, libertà fondamentali e disciplina del contratto. *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, n. 8, Jovene Editore, Roma, 2017, p. 69.

<sup>52</sup> Corte Costituzionale Italiana. Sentenza n. 7, Anno 1962. Disponível em: <https://www.giurcost.org/decisioni/1962/0007s-62.html>. Acesso em 14 de agosto de 2022.

autonomia negocial tem suas raízes no artigo 2º da Constituição Italiana<sup>53</sup>; enquanto, aqueles que acreditam que o referido artigo 2º não é uma regra aberta que a exclua, argumentaram que a proteção constitucional da liberdade de negociação é apenas indireta.

O Tribunal Constitucional Italiano endossou a tese segundo a qual a autonomia contratual não recebe proteção direta da Constituição, mas é instrumento para o exercício da liberdade econômica. A afirmação que se extrai é de que todo direito, e, portanto, também os direitos de liberdade, é limitado porque surge limitado: em primeiro lugar, pelos direitos individuais dos outros, em segundo lugar, pelo interesse público.

Por tal razão, a liberdade econômica não é considerada pela Constituição Italiana como um direito fundamental, mas como uma relação econômica e social. É, portanto, muito menos garantido do que as liberdades pessoais. No conflito entre interesses privados e públicos, essa liberdade está sujeita ao limite da utilidade social, bem como da liberdade, dignidade e saúde da pessoa.

As intervenções do Tribunal Constitucional Italiano tem sido uniformes ao longo do tempo. A sentença número 118, de 8 de julho de 1957<sup>54</sup>, confirma que a jurisprudência italiana não inclui o contrato na esfera de proteção da pessoa e não assegura uma “cobertura” constitucional. Os direitos do indivíduo são protegidos no sentido de que a vontade das partes não pode ir tão longe a ponto de violá-los: portanto, não é a própria liberdade contratual que recebe proteção, mas os direitos pessoais individuais que são objeto do contrato.

Desde a vigência do Código Civil Italiano, muitas foram as intervenções legislativas no âmbito dos contratos, originalmente reservadas para ocasiões de exceção. Tais intervenções visavam, de tempos em tempos, proteger o mercado, tornar as transações econômicas transparentes e proteger a parte considerada mais

---

<sup>53</sup> La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale. (Na tradução livre: *A República reconhece e garante os direitos invioláveis do homem, tanto como indivíduo como nas formações sociais onde se desenvolve a sua personalidade, e exige o cumprimento dos deveres inderogáveis de solidariedade política, econômica e social*).

<sup>54</sup> Corte Costituzionale Italiana. Sentenza n. 118, Anno 1957. Disponível em: <https://www.giurcost.org/decisioni/1957/0118s-57.html>. Acesso em 14 de agosto de 2022.

fraca, como o consumidor, o trabalhador ou o inquilino, cujos objetivos são alcançados através da adoção de diferentes técnicas, como a imposição de formas e tipos particulares de publicidade, a imposição de obrigações de prestação de informações, ou pela proibição de cláusulas abusivas e assim por diante.

Identifica-se, assim, um núcleo comum dos fenômenos em análise: o problema dos limites da autopadronização e das garantias que devem ser mantidas, de modo que a criação de negociações não possa se tornar nem instrumento de abuso de poder, nem instrumento de contraste com o sistema jurídico, nem instrumento de evasão das regras do mesmo, o que resulta na controvérsia entre aqueles que são defensores do mercado livre de limitações e controles, e aqueles que são defensores do livre mercado em conformidade com as regras de justiça, boa-fé, proteção de interesses dos mais fracos e dos interesses socialmente relevantes.<sup>55</sup>

### 1.3A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CONTRATUAL E A INTERPRETAÇÃO JURISPRUDENCIAL NO BRASIL

A compreensão do direito civil constitucional no Brasil exige, ainda que de modo breve, uma análise histórico-jurídica que parte do indivíduo para a pessoa humana, do individualismo para o personalismo, do sujeito abstrato para o indivíduo concreto, em um contexto cheio de contradições e descontinuidades<sup>56</sup>. Muito embora a influência da Constituição seja amplamente reconhecida, nota-se, ainda, a tensão entre narrativas solidaristas e individualistas no debate civilista e uma tentativa de resgate dos pressupostos civilistas da modernidade ocidental. Há que se ter clareza, diante disso, sobre o que fundamentou (e ainda fundamenta) a adoção da metodologia civil constitucional.<sup>57</sup>

---

<sup>55</sup> ALPA, Guido. *Contratto 2. Nuove fonti*. Disponível em: [https://www.treccani.it/enciclopedia/contratto-2-nuove-fonti\\_%28Diritto-on-line%29/](https://www.treccani.it/enciclopedia/contratto-2-nuove-fonti_%28Diritto-on-line%29/). Acesso em 01 de novembro de 2022.

<sup>56</sup> MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia Privada e Dignidade Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 13.

<sup>57</sup> NALIN, Paulo; COPI, Lygia; VENZAZZI, Karen. *Introdução à metodologia civil-constitucional*. In: *Pós-Constitucionalização do Direito Civil: novas perspectivas do Direito Civil na Constituição prospectiva*. Londrina, Editora Thoth, 2021, p. 12.

Em que pese a influência das normas constitucionais no direito civil seja fortemente reconhecida, ainda se verifica uma tensão entre as narrativas solidaristas e individualistas e uma tentativa de resgate dos pressupostos civilistas mais tradicionais.

Após a Revolução Francesa, surge um Estado alicerçado no liberalismo racional, que, na esfera jurídica, foi cristalizado através do jusracionalismo. Esse movimento representava a positivação tanto da história como da razão, ao mesmo tempo que simbolizava a concretização da vontade geral e consagrava um modelo de relações que correspondia aos anseios dos grupos hegemônicos. E assim que, em 1804, nasceu o *Code Civil* – monumento do liberalismo jurídico, que, assim como os demais códigos que posteriormente lhe acompanharam, era cientificamente fundado, democraticamente legitimado e politicamente conveniente<sup>58</sup>.

Por sintetizar os interesses da classe dominante, o Code Napoléon fez as vezes da Constituição, tornando-se o diploma legislativo central do ordenamento jurídico. Tamanha relevância decorreu do delineamento dado aos direitos naturais – entendidos como inatos e imprescritíveis – e especialmente ao direito de propriedade, que se tornava, sob influência do pensamento de Locke, o direito subjetivo por excelência, o qual se vinculava a outro de mesma importância: o direito de liberdade<sup>59</sup>.

Com o Pandectismo<sup>60</sup>, o direito civil atingiu um patamar mais elevado de abstração, pois se dedicava à coerência interna das categorias formadoras do direito. O trabalho dos juristas era construir um sistema de conceitos jurídicos, sem focar na lei e nos fatos sociais subjacentes<sup>61</sup>.

Um dos principais conceitos construídos pela corrente pandectista foi o de relação jurídica, exemplo máximo da abstração e do propósito neutralizador desta

---

<sup>58</sup> HESPANHA, António Manuel. A cultura jurídica europeia: síntese de um milénio. Coimbra: Almedina, 2012, p. 402.

<sup>59</sup> MACHADO, Diego Carvalho. Do sujeito de direito à pessoa humana: reflexões sobre subjetividade jurídica, teoria do direito civil e tutela da pessoa. Revista Jurídica Luso-Brasileira – RJLB, n. 4. Lisboa, 2016, p. 427.

<sup>60</sup> O movimento surgiu no século XVI e teve grande influência na Europa, principalmente na Alemanha e Itália. Foi uma corrente também importante no desenvolvimento do direito civil brasileiro, enfatizando a importância da codificação das leis e da aplicação uniforme do direito país.

<sup>61</sup> HESPANHA, António Manuel. A cultura jurídica europeia: síntese de um milénio. Coimbra, Almedina, 201, p. 414.

escola. Através dele, o indivíduo – na condição de sujeito de direito – poderia contrair, asseguradamente, direitos e obrigações de cunho patrimonial, ou seja, poderia exercer seus direitos subjetivos com a garantia da proteção jurídica. Na lógica da relação jurídica, o sujeito estaria isolado do indivíduo e de seu contexto social. Através desta categoria, sacrificava-se o concreto da vida em função de uma esquematização rígida, de modo que as diferenças entre as pessoas eram neutralizadas e favorecia-se a ideia de igualdade formal<sup>62</sup>.

Surge, então, o primeiro Código Civil Brasileiro, em 1916, com robusta influência das codificações europeias oitocentistas, voltado à proteção ao direito de propriedade e ao direito de liberdade. Em sua forma, vinculou-se ao BGB, na medida em que procedeu à divisão em parte geral e parte especial, bem como por ter adotado a teoria da relação jurídica. Desenhado por Bevilacqua, mesclava o conservadorismo nacional com o patrimonialismo do Code Civil e com o formalismo do BGB<sup>63</sup>.

Posteriormente, em 2002, nasce o Novo Código Civil, no qual a racionalidade codificadora ainda é formada pela lógica binária do reducionismo entre inclusão e exclusão, mantendo, em grande medida, o intento da codificação anterior e a priorização do *ter* em relação ao *ser*<sup>64</sup>.

Ocorre que essa essência patrimonialista e alheia às desigualdades fáticas do direito civil liberal se tornou incompatível com a proteção à pessoa conferida pelas Constituições ocidentais desde a Constituição de Weimar.<sup>65</sup> O direito de propriedade, antes caracterizado pelo seu livre exercício e pela impossibilidade de interferência estatal, restou submetido a valores solidarísticos desde a assunção da força normativa da Constituição.<sup>66</sup>

---

<sup>62</sup> Segundo Rodotà, através da construção do sujeito abstrato era possível liberar formalmente a pessoa da escravidão da classe, da profissão, da condição econômica, do gênero, que fundavam a sociedade da hierarquia. (RODOTÀ, Stefano. Dal soggetto alla persona. Napoli, Editoriale Scientifica, 2007. p. 13)

<sup>63</sup> GOMES, Orlando. Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 44.

<sup>64</sup> FACHIN, Luiz Edson. Direito civil: sentidos, transformações e fim. Rio de Janeiro, Renovar, 2015, p. 52.

<sup>65</sup> LÔBO, Paulo. Constitucionalização do direito civil. Revista de Informação Legislativa, Brasília, n. 141. p. 99-109, jan./mar. 1999. p. 103.

<sup>66</sup> SARMENTO, Daniel. A Normatividade da Constituição e a Constitucionalização do Direito Privado. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, p. 272-297, 2003. p. 272.

Trata-se de consequência da constitucionalização do direito e do reconhecimento da supremacia formal e material do texto constitucional, cujas normas irradiam por todo o sistema jurídico<sup>67</sup>.

Na análise de Paulo Lôbo, *a mudança de atitude é substancial: deve o jurista interpretar o Código Civil segundo a Constituição e não a Constituição segundo o Código, como ocorria com frequência (e ainda ocorre)*.<sup>68</sup>

Deste modo, as normas de direito civil passam a ter sua validade condicionadas ao respeito aos valores e princípios constitucionais, que funcionam como critérios de harmonização do sistema jurídico, ou seja, a constitucionalização do direito civil impõe que a norma constitucional seja efetivamente aplicada nas relações jurídicas, promovendo a sua funcionalização.

Assim, a constitucionalização do direito civil impõe a releitura dos seus institutos clássicos em vista à promoção dos valores e dos princípios constitucionais e se apresenta como instrumento de uma nova dimensão da pessoa humana, cuja dignidade se revela nos valores existenciais e sociais envoltos que agora sustentam o raciocínio civilista. A existência de um espaço privilegiado para a proteção da pessoa, situado no encontro entre o direito civil e a Constituição.<sup>69</sup>

O Código Civil deve ser interpretado à luz da Constituição, seja em obediência às escolhas político-jurídicas do constituinte, seja em favor da proteção da dignidade da pessoa humana, princípio fundante do ordenamento.<sup>70</sup>

Acrescente-se a isso a ideia da despatrimonialização, para a qual as relações contratuais são interligadas e subordinadas aos pilares constitucionais (dignidade humana, solidariedade), como assevera Gustavo Tepedino:

Parece-me chegada a hora de buscarmos a definição de um conjunto de princípios ou de regras que se constituam em normas gerais, a serem utilizadas não de maneira isolada em um ou outro setor, mas de modo abrangente, em consonância com as normas constitucionais,

---

<sup>67</sup> BARROSO, Luís Roberto. O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 32.

<sup>68</sup> Ibidem, p. 100.

<sup>69</sup> CORTIANO JUNIOR, Eroulths. As Quatro Fundações Do Direito Civil: Ensaio Preliminar. Revista da Faculdade de Direito UFPR, v. 45, 2006, p. 102.

<sup>70</sup> TEPEDINO, Gustavo. Normas Constitucionais e Direito Civil. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano IV, Nº 4 e Ano V, Nº 5 - 2003-2004, p.167.

para tornar possível, só então e a partir daí, construir o que poderia ser uma nova teoria contratual, ou – por que não? -, a teoria contratual revitalizada, constitucionalizada, e até despatrimonializada, relativizada pela tensão dialética incessante entre a produção legislativa e a atividade econômica.<sup>71</sup>

A tarefa, portanto, é interpretar as normas civilistas em todos os seus alicerces – família, propriedade, contrato – em consonância com os axiomas sociais-constitucionais, emoldurando-a com a realidade fática, para que os valores inerentes à dignidade humana não sejam negligenciados.

Nesse sentido, os valores existenciais passam a incidir sobre todos os institutos, o que requer uma análise da relação entre as normas constitucionais e infraconstitucionais, e o significado da prevalência daquelas sobre estas, pois a generalização na compreensão da norma constitucional como limite da norma ordinária coloca em risco todo o sistema, levando à constitucionalização de todos os ramos do direito e mitigação das tradicionais regras hermenêuticas.<sup>72</sup>

Assim, a metodologia do direito civil constitucional se apresenta como instrumento de uma nova dimensão da pessoa humana, cuja dignidade se revela nos valores existenciais e sociais envoltos que agora sustentam o raciocínio civilista. A existência de um espaço privilegiado para a proteção da pessoa, situado no encontro entre o direito civil e a Constituição.<sup>73</sup>

Tal perspectiva se materializa em orientações jurisprudenciais e doutrinárias em várias áreas do direito, mas, é no Direito Civil que a utilização direta da norma constitucional se faz ainda mais presente, e, mais especificamente, no campo dos contratos, com suas nobres e crescentes funções sociais realizadas nas sociedades liberais e no próprio Estado moderno, verifica-se uma atenuação da

---

<sup>71</sup> Idem, 2001, p. 213.

<sup>72</sup> NALIN, Paulo. VENZAZZI, Karen. COPI, Lygia Maria. Introdução sobre a metodologia civil constitucional e sua pós-constitucionalização. In: NALIN, Paulo. COPI, Lygia Maria. PAVAN, Vitor Ottoni (orgs.). Pós-constitucionalização do direito civil: novas perspectivas do direito civil na constituição prospectiva. Londrina: Thoth, 2021, p. 36.

<sup>73</sup> CORTIANO JUNIOR, Eroulths. As Quatro Fundações Do Direito Civil: Ensaio Preliminar. Revista da Faculdade de Direito UFPR, v. 45, 2006, p. 102.

liberdade contratual, que passa a permitir a revisão dos termos dos contratos por força de uma intervenção judicial.

O século XIX foi marcado, no ambiente contratual, pela primazia do individualismo, que consagrou o retorno às regras clássicas do romanismo, estabelecendo o princípio "pacta sunt servanda". Assim, como regra dogmática, não foi admitida a possibilidade de revisão do contrato, devido à ocorrência de circunstâncias decorrentes da elaboração do mesmo.

No entanto, no início do século XX, o cenário econômico decorrente das guerras exigiu um repensar desse rigor individualista para considerar e avaliar uma variedade de situações e atribuir ao contrato uma função social, capaz de promover relações mais éticas e solidárias, tutelando a dignidade da pessoa humana.

Uma constante na busca de uma definição para o princípio da dignidade humana é o conceito segundo o qual a dignidade seria um bem insuscetível de apreciação econômica e inerente a todo ser humano, e tal valor é violado quando o sujeito é reduzido, de forma degradante, à condição de mercadoria ou objeto.

Se trata de uma qualidade intrínseca e distintiva do ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando um complexo de direitos e deveres fundamentais que venham assegurar a proteção contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, assegurando condições existenciais mínimas para uma vida digna, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos<sup>74</sup>.

Em que pese a extensa fonte referencial – e inúmeras variações – para sua definição, a visão constitucional de dignidade humana pode ser traduzida em um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida.

O conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer ideia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da

---

<sup>74</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e direitos fundamentais: na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60.

dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir uma teoria do núcleo da personalidade individual, ignorando-a quando se tratar da garantia das bases da existência humana<sup>75</sup>.

Vigorando o conceito de dignidade humana nas relações contratuais, a constitucionalização do direito civil ganha força, vez que o conteúdo civil das normas constitucionais deve ser delimitado em função do conteúdo material, constituído por aquelas regulamentações relativas à pessoa, a sua dimensão familiar e patrimonial, às relações jurídicas privadas gerais, percebendo-se o nascimento de um direito mais tutelador das garantias constitucionais, cuja postura metodológica é facilitada pela compreensão mais difusa dos princípios constitucionais no direito privado, assegurando a eficácia imediata das relações de direito civil.<sup>76</sup>

A perspectiva do contrato pós-moderno auxilia a compreensão das reformulações que ocorreram em razão da evolução histórica dos interesses sociais, mostrando-se, todavia, de pouca eficácia a simples releitura dos institutos da modernidade ao sabor das novas doutrinas, merecendo uma mudança do enfoque de análise das relações contratuais, para considerar também os elementos metajurídicos que as compõem.

A noção de que a liberdade de contratar deve ser exercida nos limites da função social do contrato permite compreender uma perspectiva onde os interesses da sociedade se sobrepõem aos interesses particulares, sem que isso implique, necessariamente, na anulação da vontade individual, tratando-se, portanto, da manifestação de um poder que não é absoluto, pois o agir do indivíduo está limitado no ordenamento jurídico “que impõe os quadrantes da autonomia privada: a lei somente chancela o negócio que não ultrapasse a moldura da juridicidade”<sup>77</sup>.

A liberdade contratual contempla a liberdade de celebração e de modelação do conteúdo do contrato, podendo sofrer mitigações pelo deslocamento do referencial liberal para o intervencionista, que afeta o direito civil para “corrigir ou

---

<sup>75</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 109.

<sup>76</sup> TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 296.

<sup>77</sup> FACHIN, Luiz Edson. O novo conceito de ato e negócio jurídico. Curitiba, Educa e Scientia et Labor, 1988, p. 56.

impedir os desenvolvimentos ilimitados da liberdade contratual, assegurando uma situação real de liberdade e igualdade dos contraentes, bem como as exigências da justiça social”.<sup>78</sup>

Ocorre que, apesar da previsão constitucional de proteção especial aos vulneráveis, de diversos estatutos de proteção, como o da criança e do adolescente, do idoso, do consumidor; apesar da previsão expressa da função social como limitadora da liberdade contratual, de disposições sobre a nulidade de cláusulas abusivas e tantas outras com escopo de proteção da parte mais frágil da relação jurídica, a efetividade dessa proteção é insuficiente no sistema brasileiro.

A funcionalização do contrato foi articulada para adaptar a ordem econômica às mudanças sociais, de modo que a função social seja considerada um limite dentro do qual o indivíduo pode exercer sua liberdade, legitimando a interferência estatal no conteúdo do contrato privado para garantir a justiça substantivamente, sujeitando as regras de negociação a um controle judicial da equidade através da declaração de ineficácia de cláusulas desequilibradas.

Importante destacar que essa positivação da função social do contrato em legislação codificada privada é uma exclusividade do Brasil. O Código Civil de 2002 trouxe-a como uma de suas principais novidades, tendo como principal escopo a mitigação da força obrigatória do contrato (*pacta sunt servanda*) o que se mostrava necessário diante do latente desequilíbrio dos contratos, que em regra, não eram negociados, mas impostos por aquele que detém o poder econômico e financeiro na relação contratual, resultando em contratos geralmente abusivos.

Nesse contexto, a função social do contrato revelou-se instrumento mitigação da força obrigatória, sendo essa uma das mais recorrentes interpretações para sua aplicação na jurisprudência brasileira. No âmbito da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – STJ, tem-se utilizado em casos em que se verifica a

---

<sup>78</sup> MOTA PINTO, Carlos Alberto da. Teoria geral do direito civil. 4ª Ed. Atualizada por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra, Editora Coimbra, 2005, p.110.

mitigação do *pacta sunt servanda* pelos paradigmas da boa-fé e da função social do contrato<sup>79</sup>.

A função social do contrato também foi utilizada para reduzir a cláusula penal em circunstâncias que resultem no desequilíbrio contratual e consequente enriquecimento sem causa<sup>80</sup> tendo sido ressaltado que a sua aplicação pode conviver harmonicamente com a autonomia da vontade e o *pacta sunt servanda*<sup>81</sup>, considerando-a, em derradeiro, um instrumento de concretização da dignidade humana nas relações contratuais.

Todavia, importa recordar que a intervenção sobre os contratos deve ser mínima, ou seja, a revisão contratual deve ter caráter excepcional. Nesse sentido, a Lei da Liberdade Econômica trouxe, expressamente, pela primeira vez, a possibilidade de revisão dos contratos. De fato, a doutrina admite de longa data essa possibilidade, mas, uma autorização expressa foi trazida pela referida lei, portanto, a partir dela, tem-se uma norma que permite – mas condiciona – a revisão contratual nos casos excepcionais.<sup>82</sup>

A Lei da Liberdade Econômica entrou em vigor no dia 20 de Setembro de 2019, poucos meses antes do início da pandemia COVID-19, fato relevante que deve ser considerado quando da análise das demandas que se originaram desde então, pois a pandemia é uma das hipóteses de exceção que justifica a intervenção em larga escala em várias modalidades de contratos, e, ainda que a pandemia seja, indiscutivelmente, o exemplo recente mais brutal de afetação das relações contratuais, e, embora o Brasil – e o mundo – ainda enfrentem suas consequências,

---

<sup>79</sup> “Conquanto não se possa ignorar a força obrigatória das disposições na fase de execução contratual, há de ser ela mitigada pelos paradigmas da boa-fé objetiva e da função social do contrato.” (STJ, 3ª T, REsp 1.443.135/SP, Relatora Ministra Nancy Andrighi, julg. 24/04/2018, publ. 30/04/2018).

<sup>80</sup> “A redução da cláusula penal preserva a função social do contrato na medida em que afasta o desequilíbrio contratual e seu uso como instrumento de enriquecimento sem causa.” (STJ, REsp 1.212.159/SP, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, julg. 19/06/2012).

<sup>81</sup> “No atual Código Civil, o abrandamento do valor da cláusula penal em caso de adimplemento parcial é norma cogente e de ordem pública, consistindo em dever do juiz e direito do devedor a aplicação dos princípios da função social do contrato, da boa-fé objetiva e do equilíbrio econômico entre as prestações, os quais convivem harmonicamente com a autonomia da vontade e o princípio *pacta sunt servanda*” (STJ, 3ª T, REsp 1.641.131/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, julg. 16/02/2017, publ. 23/02/2017).

<sup>82</sup> NALIN, Paulo. Em tempos de crise, mediar é preciso e arbitrar mais ainda. Disponível em <https://migalhas.uol.com.br/coluna/migalhas-contratuais/324396/emtempos-de-crise--mediar-e-preciso-e-arbitrar-mais-ainda>. Acesso em 31 agosto 2022.

espera-se que em algum momento as repercussões derivadas dessa excepcionalidade cessem, e então, será possível verificar o real efeito da Lei da Liberdade Econômica no direito contratual brasileiro.

Disso nascem algumas dúvidas, no sentido de verificar se a intervenção nos contratos se firmará como medida excepcional de modo a oferecer mais espaço às estipulações contratuais, sem que isso represente um retrocesso no que diz respeito aos direitos e garantias fundamentais que circundam as relações contemporâneas; e, se a função social do contrato – na forma como atualmente disposta no ordenamento jurídico brasileiro – se manterá como elemento hígido para o direito contratual futuro.

## 2. A RETOMADA DO DEBATE SOBRE LIBERDADE CONTRATUAL E FUNÇÃO SOCIAL NO DIREITO BRASILEIRO

A tensão dialética entre liberdade contratual e função social do contrato é um dos pontos que instiga a presente tese, para tanto, procura-se avaliar em que medida a função social do contrato atua fundamento apto a promover o efetivo equilíbrio dos ativos em questão, quando se está diante de uma relação contratual tida como simétrica ou paritária.

A função social do contrato foi inserida no Código Civil Brasileiro de 2002, escrita originariamente no seguinte texto do artigo 421:

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

Como disposta, a função social do contrato teria por finalidade o restabelecimento da condição de igualdade das partes nas relações contratuais, partindo da premissa de que a manifestação de vontade nem sempre é livre, mas, geralmente, derogada ao poder da parte economicamente mais forte.

Segundo a dialética da complementaridade, os contratos têm que ser livres porque eles nascem da autonomia privada; úteis porque eles têm uma função econômica; e justos porque eles têm uma função social. Da conciliação entre o livre, o útil e o justo, nasceu aquele que talvez seja o artigo mais polêmico do Código Civil – o artigo 421 – porque ele traz a diretriz da socialidade, em outras palavras, ele diz que a autonomia privada não é um valor isolado, mas, um valor dentro de um quadro de valores do ordenamento jurídico.<sup>83</sup>

Por finalidade, a função social do contrato promoveria uma relação mais justa entre os contratantes, autorizando a intervenção do Estado para impor esse reequilíbrio, se sobrepondo a liberdade contratual baseada no individualismo do modelo que antes vigorava, como destaca Judith Martins-Costa:

---

<sup>83</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil – Vol. 2 – Obrigações. São Paulo. Editora Atlas, 2015. p. 47.

O princípio da função social, ora acolhido expressamente no Código Civil, constitui, em termos gerais, a expressão da socialidade no Direito Privado, projetando em seus corpos normativos e nas distintas disciplinas jurídicas a diretriz da solidariedade social (CF/1988, art. 3.º, III, in fine). (...) o princípio da função social, (...) indica um caminho a seguir, oposto ao do individualismo predatório.<sup>84</sup>

Tal visão, diretamente ligada com o processo de constitucionalização do direito civil, reformulou o conceito de contrato, que passou a ser considerado como *relação nucleada na solidariedade constitucional, destinada à produção de efeitos jurídicos existenciais e patrimoniais não só entre os titulares subjetivos da relação como também perante terceiros.*<sup>85</sup>

Essa reformulação eleva a importância da tutela das relações contratuais também pela aplicação dos princípios constitucionais, a fim de cumprir o objetivo de desenvolvimento de uma sociedade livre, justa e solidária, apresentado na Constituição Federal de 1988.

A partir de então, ampliou-se o debate sobre a função social do contrato, desenvolvendo-se um consenso no sentido de ser uma cláusula geral<sup>86</sup> que permite que o julgador intervenha na relação contratual, pois o mencionado art. 421 do Código Civil, ao dispor que a liberdade de contratar será exercida nos limites e em razão da função social do contrato, afirma que essa liberdade somente será reconhecida se exercida em consonância com os princípios constitucionais.

---

<sup>84</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. Revista DireitoGV, v. 1, São Paulo, Fundação Getulio Vargas, 2005, p. 41.

<sup>85</sup> NALIN, Paulo R. R. Do contrato: conceito pós-moderno (em busca de sua formulação na perspectiva civil constitucional). Curitiba, Juruá, 2001, p. 202.

<sup>86</sup> A compreensão da função social do contrato como cláusula geral, baseia-se no seguinte ensinamento: Quando se inclui determinado princípio geral no direito positivo do País (Constituição, leis, etc.) deixa de ser princípio geral, ou seja, deixa de ser regra de interpretação e passa a caracterizar como cláusula geral. Assim, as várias classificações que a doutrina tem empreendido nessa difícil problemática (princípios positivados e não positivados; norma-princípio), passam por caminhos mais tortuosos para chegar-se a situação parecida: o princípio positivado, ou norma princípio não é regra de interpretação, mas norma jurídica. Mais técnico e menos confuso dizer-se que tomam-se cláusulas gerais, que têm conteúdo normativo e que são fonte criadora de direitos e obrigações. (NERY JÚNIOR, Nelson. Contratos no Novo Código Civil: apontamentos gerais. In: FRANCIULLI NETTO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra (coords). O novo Código Civil: estudos em homenagem ao Prof. Miguel Reale. São Paulo, LTr, 2003, p. 406).

E nessa linha, seguiram-se inúmeras teses e discussões cujas diferentes perspectivas alimentaram a função social do contrato, fazendo com que mantivesse sua relevância tanto para a doutrina como para a jurisprudência.

A função exclusivamente individual do contrato é incompatível com o Estado Social, que se caracteriza pela tutela da ordem econômica e social contida na Constituição, cujo art. 170 estabelece que toda a atividade econômica está submetida à primazia da justiça social, pois “enquanto houver ordem econômica e social haverá Estado social; enquanto houver Estado social haverá função social do contrato.”<sup>87</sup>

A função social do contrato deve servir como parâmetro da própria noção que se tem do contrato na atualidade, não mais restrita aos interesses unicamente particulares, mas, para além dos interesses do mercado – com vistas à circulação de riquezas e à garantia da segurança nas relações jurídicas, seu fundamento é o atendimento das necessidades das pessoas, “a real função do contrato não é atender aos interesses do mercado, mas sim da pessoa humana.”<sup>88</sup>

Mais uma vez, o debate ganhou nova roupagem com a promulgação da Lei da Liberdade Econômica. Dentre seus objetivos, resta claro o de alterar algumas premissas do Código Civil, modificando textos e incluindo novos dispositivos que revelam o caráter ideológico dominante na gestão do então governo, declaradamente defensor de uma vertente radical do liberalismo econômico, para o fim de reforçar a liberdade contratual e restringir a possibilidade de intervenção judicial com fundamento na função social do contrato.

Por tal razão, a pesquisa verticaliza o exame das alterações e inclusões trazidas pela Lei da Liberdade Econômica ao Código Civil Brasileiro, e que manifestamente propôs uma releitura de preceitos constitucionais ligados à proteção dos direitos e liberdades em nome do desenvolvimento econômico, para desmistificar alguns fatores que contribuem para tornar complexo o terreno em que as relações contratuais paritárias se desenvolvem.

---

<sup>87</sup> LÔBO, Paulo. Princípios contratuais, In: A teoria do contrato e o Novo Código Civil. Recife, Nossa Livraria, 2003, p. 16.

<sup>88</sup> TARTUCE, Flávio. Direito Civil - teoria geral dos contratos e contratos em espécie. São Paulo, Editora Método, 2020, p. 48.

## 2.1A LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA E SEUS EFEITOS NO ÂMBITO DOS CONTRATOS: ALTERAÇÕES E INCLUSÕES NO ART. 421 DO CÓDIGO CIVIL

A Lei n. 13.874/2019 – Declaração de Direitos de Liberdade Econômica<sup>89</sup>, mais conhecida como a Lei da Liberdade Econômica (originária da Medida Provisória nº 881, de 30 de abril de 2019) entrou em vigor em 20 de setembro de 2019, trazendo grandes mudanças para o Código Civil Brasileiro – em especial no âmbito do direito contratual – dispendo em seu artigo 1º:

Art. 1º. Fica instituída a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, que estabelece normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica e disposições sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador, nos termos do inciso IV do caput do art. 1º, do parágrafo único do art. 170 e do caput do art. 174 da Constituição Federal.

Em que pese alguns problemas técnico já bastante discutidos logo no início da sua vigência, a denominada Lei da Liberdade Econômica é coerente com a ordem constitucional vigente, tendo como fio condutor o valor social da livre iniciativa, trazendo a atuação estatal como instrumento subsidiário para situações de excepcionalidade.

Portanto, se faz necessário analisar a lei não somente no contexto normativo em que ela se insere, mas também, e sobretudo, no contexto histórico e na compreensão sobre o que é a liberdade advinda da livre iniciativa e qual o seu fundamento constitucional, para verificar o que ela representa para o direito contratual contemporâneo.

Assim, para o fim de conduzir adequadamente o raciocínio desenvolvido na presente tese, apresenta-se um paralelo do antes e depois do texto expresso no artigo 421 do Código Civil Brasileiro:

---

<sup>89</sup> Declaração de Direitos da Liberdade Econômica - Lei 13.874 de 20/09/2019. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm) Acesso em 16 de março de 2022.

A redação original:	Com as alterações da lei:
<p>Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.</p> <p>Art. 421-A. (sem correspondência).</p>	<p>Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato. Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual.</p> <p>Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que:</p> <p>I - as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução;</p> <p>II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e</p> <p>III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada.</p>

Desde a sua publicação, inúmeras foram as críticas à referida lei e dentre os principais alvos, muito discorreu-se sobre os problemas técnicos advindos de dificuldades de redação da própria norma, com conceitos excessivamente abertos que acabariam por trazer paradoxalmente insegurança em lugar da segurança pretendida, o que não difere daquilo que ordinariamente acaba integrando o ordenamento jurídico brasileiro, deixando para o intérprete a tarefa de realizar as correções hermenêuticas necessárias para viabilizar a aplicação da norma, o que reforça a necessidade do enfrentamento aqui pretendido: a compreensão substancial da função social do contrato e sua aplicabilidade nas relações atuais.

Em que pese a clara intenção de reviver um caquético neoliberalismo, para ressuscitar um modelo contratual não só inapropriado ao momento atual, mas incompatível com a Constituição Federal, eis que representaria um “retorno ao modelo moderno de contrato”, fato é que, muito embora a Lei da Liberdade Econômica tenha como viés a garantia do livre mercado, o que afetou os dispositivos do Código Civil que tratam dos negócios jurídicos, é possível interpretá-los à luz da

Constituição Federal – o que autoriza empregar as ferramentas lá previstas sem perder de vistas o conceito pós-moderno de contrato.<sup>90</sup>

Isso posto, dadas as inúmeras críticas sobre as quais haveria sentido se debruçar, a presente tese delimitou os pontos que entende pertinentes para fins do campo de investigação selecionado e sobre os quais passará a discorrer.

Primeiramente, tem-se que a nova redação do caput do art. 421 traz um reposicionamento da função social do contrato, pois havia no texto original um equívoco no sentido de que a função social era a própria razão do contrato. Acredita-se que tal adequação fora majoritariamente bem aceita pela comunidade jurídica, mas, o texto ainda provoca discussões ao dispor que a função social é o limite da liberdade, pois restaria uma expressão equivocada.

Embora a função social já estivesse disposta na Constituição Federal de 1988, com a inserção no Código Civil é que a aplicação se deu na jurisprudência em patamares mais completos, e a partir de então, pode-se constatar que a caracterização da função social como limite da liberdade não esgota seu potencial como obrigação da maximização do bem-estar social, assim considerada a redução máxima dos custos de transação para promoção do fluxo de trocas no mercado e a alocação de riscos para o fim de alcançar a situação mais eficiente.<sup>91</sup>

Quanto a inserção do parágrafo único ao art. 421, vê-se a clara intenção do legislador em reforçar a ideia de intervenção mínima e excepcionalidade da revisão contratual, reafirmando – agora de modo expressamente positivado – o que já estava consolidado na doutrina e na jurisprudência: a excepcionalidade da revisão contratual, reafirmando que a intervenção tem lugar nas situações em que

---

<sup>90</sup> Segundo Paulo Nalin, a inserção da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil e a eleição de uma sociedade livre, justa e solidária como objetivo fundamental a ser perseguido pela nação brasileira, não deixam dúvidas de que o projeto de sociedade presente na Constituição Federal de 1988 não esgota a proteção da atividade econômica em si mesma, mas tão somente enquanto instrumento de realização de valores de cunho existencial. O contrato e o direito contratual, em uma leitura constitucionalizada, têm como finalidade a realização da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social, função que a Lei da Liberdade Econômica não tem o poder de derogar. (NALIN, Paulo. Interpretação, integração e reequilíbrio dos contratos em tempos de pandemia: análise das alterações promovidas pela Lei nº 13.874/2019 à luz da legalidade constitucional. Revista Brasileira de Direito Civil – RBD Civil, Belo Horizonte, v. 25, p. 329-352, jul/set 2020).

<sup>91</sup> TIMM, Luciano B. Direito e economia no Brasil. São Paulo, Atlas, 2012, p. 173.

objetivamente se constata que o programa contratual não tem mais condições para razoavelmente se realizar, porque a causa do contrato<sup>92</sup> está inviabilizada, e cuja constatação já se pode ver nos julgados proferidos pelos tribunais estaduais e mais adiante se confirmará quando o STJ passar a julgar as demandas “pós lei” formando uma jurisprudência mais sólida sobre o tema.

Na sequência, a inserção do art. 421-A<sup>93</sup> permite deduzir que a lei procurou trazer ideias complementares a respeito da função social do contrato e de outros regramentos contratuais básicos, como a própria ideia de autonomia privada.

Importante ressaltar que tal dispositivo se destina aos contratos paritários e simétricos – objeto da presente tese – que são aqueles que se realizam em condição de igualdade, não havendo dependência econômica, a exemplo da paridade nos contratos civis empresariais, cuja presunção é relativa, ou seja, até prova em contrário. Nesse sentido, a lei privilegia e protege a liberdade contratual dos agentes econômicos que se encontram em posições simetricamente equivalentes e, com isso, colabora para o incremento da segurança jurídica e para o desenvolvimento das atividades produtivas.<sup>94</sup>

Já no inciso I fica assegurada às partes a possibilidade de estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas, sua revisão ou resolução.

Houve a inclusão do inciso II do art. 421-A, que trata da alocação de riscos, dispondo que esta, uma vez definida pelas partes, deve ser respeitada e observada, de modo que não haveria impeditivo para a fixação antecipada de um regime de responsabilidade civil nos contratos paritários ou simétricos, assegurando maior liberdade de estipulação das cláusulas nessa modalidade contratual.

---

<sup>92</sup> Sobre o tema, a obra de DUQUE, Bruna Lyra. *Causa do Contrato: entre direitos e deveres*. Belo Horizonte, Editora Conhecimento, 2018.

<sup>93</sup> Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que:

I - as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução;

II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e

III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada.

<sup>94</sup> TARTUCE, Flavio; BUNAZAR, Maurício. *Lei da Liberdade Econômica e os Contratos Agrários*. Revista Jurídica Luso Brasileira, n. 4, Ano 7 (2021), p. 627-654. Disponível em: [https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2021/4/2021\\_04\\_0627\\_0654.pdf](https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2021/4/2021_04_0627_0654.pdf). Acesso em 21 de novembro de 2022.

Ainda, merece atenção o inciso III do art. 421-A pelo qual percebe-se, novamente, um reforço à ideia da excepcionalidade da revisão contratual (já claramente expressa no parágrafo único do art. 421) e acrescenta que tal revisão ocorrerá de maneira limitada, ou seja, na exata medida do indispensável para a adequação do contrato, ou seja, a revisão há de ser excepcional (aplicação restrita) e limitada (somente nos pontos indispensáveis).

São esses os principais aspectos da Lei da Liberdade Econômica que convergem para o objetivo central da tese, a fim de verificar o atual sentido e alcance da função social do contrato e a efetividade de sua aplicação nos contratos paritários, o que será tratado mais adiante.

## 2.2A JURISPRUDÊNCIA E A NOVA LEI: INDICAÇÕES SOBRE SUA RACIONALIDADE

Em que pese a revisão contratual seja tema de extrema relevância para o direito e objeto de profundo debate na doutrina, fato é que os exemplos jurisprudenciais dela não são tão frequentes no âmbito dos contratos paritários. Os julgados mais notórios do Superior Tribunal de Justiça são referentes a contratos de consumo ou de locação (regidos por legislação especial).

Fora isso, os julgados do STJ ao longo do tempo, são exemplos de decisões contrárias à revisão contratual, isso porque antes mesmo da Lei da Liberdade Econômica, o sistema já reconhecia a relevância da força obrigatória e a limitação da revisão contratual para situações caracterizadas como excepcionais.

Ocorre que, poucos meses após a promulgação da Lei da Liberdade Econômica, o Brasil (e o mundo todo) foi surpreendido pela pandemia COVID-19, cujo cenário foi descrito por Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho em trecho que merece reprodução:

Março de 2020. Espraia-se em escala global, cenário distópico a alcançar indistintamente países de diferentes níveis de desenvolvimento. Fala-se logo de quadro comparável à chamada influenza espanhola (de 1918, que resultou na morte de 100 milhões de pessoas) ou à peste negra (do século XIV, que dizimou entre 75 e 200 milhões de pessoas). Os impactos iniciais da pandemia da Covid-

19, resultante do novo coronavírus que se alastrou a partir da cidade de Wuhan na China desde dezembro passado [dezembro de 2019] alcançam em primeiro plano à saúde da população e, na esteira desta, as relações pessoais e econômicas que se travam no meio social [...]. A gravidade extrema e a extensão mundial da crise produzem incertezas entre os operadores do direito que, subitamente, viram-se desafiados a lidar com problemas dos mais variados matizes: escassez, violência doméstica, conflitos de vizinhança, crime de contágio, falsas notícias, tensões trabalhistas, descumprimento de contratos, dentre outros. Em meio ao cenário turbulento, o Estado assume o necessário protagonismo na coordenação das ações de enfrentamento ao vírus e adota medidas interventivas de variados graus na vida dos cidadãos e na economia dos diferentes países.<sup>95</sup>

A pandemia, caracterizada como situação excepcional com repercussões em muitos contratos, desequilibrou a equação econômico-financeira em um patamar que não aconteceria em outros períodos.

Em verdade, não somente a referida lei sofreu um grande impacto, mas todo o direito privado foi alterado, seja no âmbito das obrigações, dos contratos, do direito de família e até o direito das sucessões (talvez esse o âmbito do direito privado mais impactado pela pandemia em razão do incontável número de mortes).

E disso decorre uma dificuldade de se realizar uma análise sobre os efeitos ordinários<sup>96</sup> que a Lei da Liberdade Econômica teria operado no âmbito da jurisprudência, pois as demandas que hoje tramitam no judiciário estão – direta ou indiretamente – ligadas aos impactos da pandemia, que por consequência, demandam maior intervenção.

De todo modo, importa lembrar que a referida lei tem sua aplicação destinada especialmente aos contratos paritários ou simétricos, o que significa dizer que, via de regra, os contratos de consumo, de locação e os contratos de adesão não estariam abrangidos<sup>97</sup>, o que também acaba por influenciar na análise jurisprudencial, pois ao final, a lei se restringe aos contratos empresariais, quem, em grande parte,

---

<sup>95</sup> MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; ROSENVALD, Nelson; DENSA, Roberta (coords). *Coronavírus e responsabilidade civil: impactos contratuais e extracontratuais*. São Paulo, Editora Foco, 2021, p. 25.

<sup>96</sup> Aqui entendidos como os efeitos decorrentes da própria alteração legislativa e não crise que se instalou em razão da pandemia.

<sup>97</sup> Mais adiante será abordada essa modalidade contratual.

acabam remetendo a solução de conflitos para o sistema de arbitragem – o que é, inclusive, altamente conciliado por especialistas da área.<sup>98</sup>

Isso posto, para os objetivos da presente tese, foram selecionados alguns acórdãos do Superior Tribunal de Justiça<sup>99</sup> que destacam o uso da função social do contrato antes da vigência da Lei da Liberdade Econômica.

A pesquisa revelou a pouca utilização da função social quando se tratam de demandas envolvendo contratos paritários (como já mencionado, a maioria refere-se à relação de consumo), revelando ainda, que são poucos os casos em que a função social do contrato tem um papel central na fundamentação, sendo em geral utilizada como complemento a outros princípios (boa-fé, onerosidade excessiva, razoabilidade, dignidade da pessoa humana), o que mostra um impacto prático bastante reduzido quanto ao uso da função social como fundamento de aplicação eficaz pelos tribunais.

Na sequência, repetiu-se a pesquisa na base de dados do STJ para o período posterior a vigência da lei<sup>100</sup>, cujo resultado acabou por demonstrar que as

---

<sup>98</sup> Nesse sentido, o autor afirma que, no quadro atual, a se confirmar uma pandemia de ações judiciais, o fator duração do processo tem que ser avaliado paralelamente ao custo econômico da manutenção da lide, no sentido de que os processos judiciais tendem a ser mais longos, a despeito dos esforços do Poder Judiciário em modernizar-se, mediante o emprego de novas tecnologias. A ponderação entre estes dois fatores (tempo *versus* custo) derruba o mito de que o processo arbitral é custo, pois não existe custo maior do que o tempo longo e incerto de um processo judicial. (NALIN, Paulo. Em tempos de crise, mediar é preciso e arbitrar mais ainda. Disponível em <https://migalhas.uol.com.br/coluna/migalhas-contratuais/324396/emtempos-de-crise--mediar-e-preciso-e-arbitrar-mais-ainda>. Acesso em 10 outubro 2022.

<sup>99</sup> A pesquisa utilizou como parâmetro o critério “função social do contrato”, delimitando o período de Janeiro/2010 a Março/2019, o que resultou num total de 93 acórdãos, dos quais foram selecionados 10 (dez) acórdãos para a presente amostragem (íntegra nos anexos): 1) STJ, 4ª T., AgRg no REsp n. 762.145/GO, Relator Ministro Fernando Gonçalves, publ. 22.2.2010; 2) STJ, 3ª T., REsp n. 858.785/GO, Relatora Ministra Nancy Andrighi, publ. 3.8.2010; 3) STJ, 1ª T., AgRg no REsp n. 1.272.995/RS, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, publ. 15.2.2012; 4) STJ, 2ª S., REsp n. 880.605/RN, Relator Ministro Massami Uyeda, publ. 17.9.2012; 5) STJ, 3ª T., REsp n. 977.007/GO, Relatora Ministra Nancy Andrighi, publ. 2.12.2012; 6) STJ, 3ª T., REsp n. 1.356.725/RS, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, publ. 12.6.2014; 7) STJ, 4ª T, REsp 1163283/RS, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, publ. 04/05/2015; 8) STJ, 4ª T, REsp 1586910/SP, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, publ. 03/10/2017; 9) STJ, 3ª T, REsp 1443135/SP, Relatora Ministra Nancy Andrighi, publ. 30/04/2018; 10) STJ, 3ª T, REsp 1738247/SC, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, publ. 10/12/2018.

<sup>100</sup> A pesquisa repetiu o critério “função social do contrato”, delimitando o período de Outubro/2020 a Dezembro/2022, o que resultou num total de 58 acórdãos, tendo sido selecionados 06 (seis) acórdãos para a presente amostragem (íntegra nos anexos): 1) STJ, 3ª T, AgInt no REsp 1863156/SC, Relator Ministro Paulo De Tarso Sanseverino, publ. 16/11/2022; 2) STJ, 3ª T, REsp 1993499/SP, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, publ. 09/08/2022; 3) STJ, 2ª. Seção - Tema Repetitivo 1016, Relator Ministro Paulo De Tarso Sanseverino, publ. 08/04/2022; 4) STJ, 3ª T, REsp 1604048/RS, Relatora Ministra Nancy Andrighi, publ. 09/06/2021; 5) STJ, 3ª T, REsp 1862508/SP, Relator Ministro Ricardo

alterações e inclusões ao art. 421 do Código Civil – ao menos por enquanto – não representam uma mudança substancial no que se refere à utilização da função social do contrato como fundamento para a intervenção nos contratos.

A pesquisa apontou alguns acórdãos em que a função social do contrato aparece contextualizada com a liberdade contratual, o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual (referências às diretrizes da Lei da Liberdade Econômica), dos quais, dois são aqui destacados com observações.

No primeiro julgado, o Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino ressaltou que a transportadora está obrigada a ressarcir os danos no limite constante no conhecimento de transporte, e portanto, a modificação posterior das obrigações contratuais (no sentido de indenizar valores não inicialmente contratados) implicaria inegável desequilíbrio e enriquecimento sem causa para o segurado, impondo-se a observância das obrigações contratuais entabuladas e a imprescindível cautela na intervenção judicial de modo a evitar uma ampliação indevida do conteúdo obrigacional. Eis a ementa (com grifos):

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. AÇÃO DE RESSARCIMENTO POR DANOS MATERIAIS. TRANSPORTE DE MERCADORIA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO TRANSPORTADOR. LIBERDADE CONTRATUAL. FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA E EXCEPCIONALIDADE DA REVISÃO CONTRATUAL. EXTENSÃO DA RESPONSABILIDADE AO CONHECIMENTO RODOVIÁRIO.

1. No contrato de transporte, o transportador responde objetivamente pelos danos ocorridos, não havendo espaço para se discutir a culpa do transportador pelo evento danoso, em face do disposto no art. 734 do Código Civil.

2. Reconhecer a responsabilidade da transportadora pelo pagamento dos impostos **contraria o entendimento adotado pelo Código Civil no sentido do respeito à liberdade contratual, exercida nos limites da função social do contrato, devendo prevalecer, nas relações contratuais privadas, os princípios da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual.**

3. A modificação posterior das obrigações contratuais implica inegável desequilíbrio contratual e enriquecimento sem causa para o segurado.

4. O pedido formulado resultaria em clara modificação do conteúdo contratual para o qual não houve o correspondente pagamento de contraprestação pecuniária.

5. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça flui no sentido de ser a responsabilidade do transportador limitada ao previsto no conhecimento rodoviário, sendo descabida a sua responsabilização por qualquer outra cobrança com as quais não anuiu.
6. Não apresentação de argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada.
7. Agravo interno conhecido e desprovido.<sup>101</sup>

Já no segundo julgado, a controvérsia trata de contrato emergencial entre um grupo especializado em transplante de órgãos e uma empresa de gestão médica (essa última com contrato firmado com a prefeitura de Araucária-PR), para prestação de serviços em um hospital da cidade, cujo contrato continha uma cláusula dispendo que, na hipótese de a prefeitura romper o contrato com a empresa gestora, o grupo médico não seria remunerado, ainda que o serviço já tivesse sido prestado.

O STJ entendeu que a existência de equilíbrio e liberdade entre as partes durante a contratação, afasta a nulidade de cláusula com fundamento na violação da boa-fé objetiva e na função social do contrato, aplicando o art. 421 do Código Civil, que trata da liberdade contratual, do princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual. Assim constou a ementa (com grifos):

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA. CONTRATO PARITÁRIO. EQUILÍBRIO ECONÔMICO. AUTONOMIA PRIVADA. LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA. CLÁUSULA ABUSIVA. NÃO DEMONSTRADA. BOA-FÉ. FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO. EXPECTATIVA DAS PARTES.

1. Cuida-se de ação de cobrança da qual foi extraído o presente recurso especial.

2. O propósito recursal consiste em definir se a cláusula que desobriga uma das partes a remunerar a outra por serviços prestados na hipótese de **rescisão contratual viola a boa-fé e a função social do contrato**.

3. A Lei 13.874/19, também intitulada de Lei da Liberdade Econômica, em seu art. 3º, VIII, determinou que são direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, observado o disposto no parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal, **ter a garantia de que os negócios jurídicos empresariais paritários serão objeto de livre estipulação das partes pactuantes, de forma a aplicar todas as regras de direito empresarial apenas de maneira subsidiária ao avençado, exceto normas de ordem pública**.

4. O controle judicial sobre eventuais cláusulas abusivas em contratos empresariais é mais restrito do que em outros setores do Direito

<sup>101</sup> STJ, 3ª T, AgInt no REsp 1863156/SC, Relator Ministro Paulo De Tarso Sanseverino, julg. 16/11/2022, publ. 16/11/2022.

Privado, pois as negociações são entabuladas entre profissionais da área empresarial, observando regras costumeiramente seguidas pelos integrantes desse setor da economia.

**5. A existência de equilíbrio e liberdade entre as partes durante a contratação, bem como a natureza do contrato e as expectativas são itens essenciais a serem observados quando se alega a nulidade de uma cláusula com fundamento na violação da boa-fé objetiva e na função social do contrato.**

6. Em se tratado de contrato de prestação de serviços firmado entre dois particulares os quais estão em pé de igualdade no momento de deliberação sobre os termos do contrato, considerando-se a atividade econômica por eles desempenhada, inexistente legislação específica apta a conferir tutela diferenciada para este tipo de relação, devendo prevalecer a determinação contida no art. 421 do Código Civil.

7. Recurso especial não provido.<sup>102</sup>

Importa esclarecer que os julgados aqui selecionados não estão sendo utilizados como parâmetros conclusivos sobre o impacto da Lei da Liberdade Econômica, pois tal seria demasiado precipitado neste momento, visto que ainda não decorreu tempo suficiente para que as demandas relacionadas ao tema chegassem ao STJ nem em quantidade (número de processos) nem em qualidade (específicas sobre a intervenção nos contratos paritários) consideráveis para firmar qualquer entendimento, sem contar os efeitos da pandemia que ainda persistem, impedindo uma análise segura dos efeitos ordinários, como já mencionado anteriormente.

Todavia, a partir dos resultados acima, algumas conclusões se extraem, no sentido de se reconhecer que há uma simbologia que não adentra propriamente na interpretação e aplicação da função social do contrato, e que as alterações trazidas pela Lei da Liberdade Econômica não representam grandes mudanças do ponto de vista prático, isso porque “dizer que a revisão é excepcional e limitada não traz qualquer inovação no mundo do direito (...) ou se modificam os requisitos que atraem a revisão ou tudo permanece como era antes.”<sup>103</sup>

O que se percebe, de um modo geral, é que muitas das discussões acabam por permanecer em um plano puramente abstrato, que em nada contribuem para a

---

<sup>102</sup> STJ, 3ª T, REsp 1.799.039/SP, Relatora Ministra Nancy Andrighi, julg. 04/10/2022, publ. 07/10/2022.

<sup>103</sup> SCHREIBER, Anderson, Princípios constitucionais versus liberdade econômica: a falta encruzilhada do direito contratual brasileiro. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/332664/principios-constitucionais-versus-liberdade-economica--a-falsa-encruzilhada-do-direito-contratual-brasileiro>. Acesso em 22 de novembro de 2022.

aplicação adequada das normas e princípios, gerando uma permanente insegurança para as relações contratuais.

Em arremate, o que se constata é uma inadequação do uso da função social do contrato, isso porque ela possui conteúdo axiológico, orientador de conduta ética para as relações contratuais no plano abstrato – direcionada aos casos em que as partes não estão em condições de igualdade, havendo um desequilíbrio contrário à ideia de justiça social – e por tal, sua aplicação não se mostra eficaz nas relações contratuais paritárias.

### 2.3 ASPECTOS ESPECÍFICOS DOS CONTRATOS PARITÁRIOS

Em vista do recorte metodológico da presente tese, convém reservar espaço para tratar dos contratos simétricos ou paritários, assim denominados pelo Código Civil Brasileiro.

Ao lado do chamado contrato de direito comum – que, via de regra, pressupõe uma relação de equilíbrio entre as partes contratantes – o direito brasileiro prevê alguns regimes jurídicos específicos que decorrem da presunção de vulnerabilidade de uma das partes, a exemplo dos contratos de trabalho e de consumo, regulados por legislações específicas.

A Lei da Liberdade Econômica aplica-se precipuamente aos contratos de direito comum, disciplinados exclusivamente pelo Código Civil, que por sua vez, se subdivide em duas espécies: o contrato paritário e o contrato de adesão, os quais serão examinados a seguir, por duas razões: manter claro o recorte da tese (direcionada aos contratos paritários) e abrir espaço para uma reflexão sobre os contratos de adesão (provável objeto de estudos futuros).

Embora bastante difundida a noção de que os contratos paritários são aqueles que se estruturam e ganham conteúdo através das negociações prévias dos contratantes em situação de igualdade, a essência deste tipo de contrato não está na existência de negociações prévias entre as partes e nem na efetiva participação de

ambas na formação do clausulado, mas na existência de um poder efetivo de ambas as partes de influenciar significativamente sua elaboração<sup>104</sup>.

Por outro lado, nos contratos de adesão, essa fase inicial de negociações é eliminada, pois uma das partes impõe todos os termos do negócio, e a outra parte, em geral, não pode recusar. Ou seja, as condições e termos do contrato não resultam da livre discussão e estipulação das cláusulas entre as partes, mas, provém do fato de uma das partes aceitar tacitamente o que foi previamente estabelecido pela outra parte:

O contrato de adesão não se ajusta à construção dogmática do contrato clássico. Seu traço característico, como salientam alguns escritores, é a preponderância da vontade de uma parte em relação à outra. Nesse contrato, as cláusulas são estabelecidas por um contratante e impostas ao outro, que as aceita. Ao contrário do contrato tradicional, exclui o livre debate sobre as cláusulas estipuladas, havendo apenas adesão ao contrato previamente estabelecido da relação negocial. Realmente, no contrato de adesão, uma parte se submete às imposições da outra, eliminada qualquer possibilidade de discussão sobre os termos do negócio. As cláusulas por uma parte estipuladas são aceitas ou rejeitadas em bloco pela outra. São unilateralmente impostas, encontrando-se, então, uma maior restrição ao princípio da autonomia da vontade. A vontade deixa, assim, de ser autônoma, ou seja, não há liberdade contratual.<sup>105</sup>

Na definição de Carlos Alberto da Mota Pinto, contrato de adesão é *aquela cujo conteúdo foi pré-fixado, total ou parcialmente, por uma das partes a fim de ser utilizado, sem discussão ou sem discussão relevante, de forma abstracta e geral, na sua contratação futura*.<sup>106</sup>

Uma conceituação que também pode ser extraída de critérios que auxiliam na interpretação dos contratos é a que diz respeito à extensão atribuída à autonomia privada quando da elaboração do contrato, na qual identificam-se os contratos de

---

<sup>104</sup> TARTUCE, Flavio; BUNAZAR, Maurício. Lei da Liberdade Econômica e os Contratos Agrários. Revista Jurídica Luso Brasileira, n. 4, Ano 7 (2021), p. 627-654. Disponível em: [https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2021/4/2021\\_04\\_0627\\_0654.pdf](https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2021/4/2021_04_0627_0654.pdf). Acesso 21 de novembro de 2022.

<sup>105</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. Vol. III – Contratos. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013, p. 72.

<sup>106</sup> MOTA PINTO, Carlos Alberto da. Contratos de adesão: uma manifestação jurídica da moderna vida econômica, Separata da Revista de Direito e Estudos Sociais. Coimbra, 1973, p. 125.

adesão, que não admitem qualquer modificação em suas condições, a partir da forma como foi apresentado por uma das partes.

A extensão da autonomia privada pode ser um interessante parâmetro para, por exemplo, a aplicação do princípio da função social ou para se analisar os limites da intervenção na avaliação de seus efeitos. Quanto maior o exercício da autonomia privada, potencialmente menor o campo de ingerência externa no contrato.<sup>107</sup>

Pois bem, ocorre que essa impossibilidade de negociar os principais pontos do contrato induz à conclusão de que, no contrato de adesão, uma das partes é considerada mais forte, em detrimento do aderente, geralmente vista como a parte mais fraca.<sup>108</sup>

Essa presunção se justifica na assimetria de poderes entre as partes na forma de contratação e na necessidade de que o ajuste seja precedido de uma efetiva negociação. Mas, ainda que, em sua maioria, os contratos de adesão sejam de relação de consumo, existe a possibilidade de tal modalidade ser utilizada em relações civis ou empresariais, o que torna necessário analisar a vulnerabilidade do aderente e a real necessidade da sua proteção.<sup>109</sup>

Assim, considerando a característica fundamental do contrato de adesão, qual seja, a estipulação do conteúdo contratual por uma das partes, a disparidade é mais no plano negocial do que econômico, jurídico ou técnico, sobretudo nas relações civis e empresariais, visto que *a marca essencial do contrato de adesão repousa, portanto, na disparidade do poder negocial reconhecido, de um lado, ao estipulante, e, de outro, àquele a quem resta ‘pegar ou largar’, o aderente.*<sup>110</sup>

---

<sup>107</sup> RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Contratos empresariais. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/252/edicao-1/contratos-empresariais>. Acesso em 27 de outubro de 2022.

<sup>108</sup> MARQUES, Claudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 6 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 77

<sup>109</sup> PERES, Fabio Henrique. Cláusulas Contratuais Excludentes e Limitativas do Dever de Indenizar. São Paulo, Quartier Latin, 2009, pp. 137.

<sup>110</sup> TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. Código Civil interpretado conforme a Constituição da República, v. II. Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p. 24.

Convém também mencionar, ainda que de modo sucinto, a compreensão daquilo que o direito italiano reconhece como a figura do “terzo contratto”, teoria que se originou da edição de diversos diplomas legislativos que regulam, entre outros aspectos, o abuso de dependência econômica.

Segundo essa teoria, o “primo contratto” seria aquele celebrado de modo equilibrado, entre partes que possuem mesmas características, com pleno exercício da liberdade contratual – correspondente ao contrato paritário. O “secondo contratto” seria aquele em que uma das partes é mais fraca que a outra, a exemplo dos contratos entre fornecedores e consumidores. Nesse raciocínio, faltaria uma categoria para aqueles contratos em que uma das partes, ainda que em posição mais fraca e, portanto, desfavorável perante a outra, não seja consumidora, o que pode suceder, por exemplo, em alguns contratos entre empresas, em que uma delas tenha dependência econômica em relação à outra, ou seja, ainda que firmados entre empresas, podem revelar um desequilíbrio econômico entre as partes.<sup>111</sup>

Roppo também trata da figura do “terzo contratto”, afirmando:

La divergenza fra i due modelli ricostruttivi è chiara: la teoria del ‘terzo contratto’ implica che contratto del consumatore e contratto asimmetrico fra professionisti corrispondano a paradigmi contrattuali significativamente diversi, che è bene tenere distinti anche nel nome (o meglio, nella numerazione!); io mi muovo piuttosto nell’ordine di idee che le grandi linee di disciplina del contratto B2C e quelle del contratto asimmetrico B2B siano abbastanza sovrapponibili, da consentire di convogliare all’interno di un unico e sostanzialmente omogeneo paradigma, che chiamo ‘contratto asimmetrico’.<sup>112</sup>

Essa complexidade de características que definem as relações como sendo ou não paritárias, devem ser cuidadosamente observadas quando da aplicação ao caso concreto, a fim de evitar o entendimento equivocado de que todo contrato empresarial é paritário, como assinala Anderson Schreiber:

---

<sup>111</sup> AMADIO, Giuseppe. Il terzo contratto: Il problema. Il Mulino, 2008, p. 15-16.

<sup>112</sup> ROPPO, Vincenzo. Il Contratto del duemila. Editore G. Giachiapelli, 2020, p. 120. (Na tradução livre: A divergência entre os dois modelos reconstrutivos é clara: a teoria do ‘terceiro contrato’ implica que o contrato de consumo e o contrato assimétrico entre profissionais correspondem a paradigmas contratuais significativamente diferentes, que é bom manter distintos também no nome (ou melhor, na numeração!); Eu me movo antes na ordem das ideias de que as linhas gerais de disciplina do contrato B2C e as do contrato assimétrico B2B são suficientemente sobreponíveis, para permitir transmitir dentro de um paradigma único e substancialmente homogêneo, que chamo de “contrato assimétrico”).

Os contratos empresariais representariam, desse modo, a última praia do liberalismo jurídico, um setor em que a liberdade das partes é tendencialmente plena e a vontade dos contratantes merecem mais proteção que os valores solidaristas que norteiam a ordem jurídica brasileira. Tal abordagem exprime grave equívoco.<sup>113</sup>

Voltando aos contratos de adesão, fato é que não se pode negar sua utilidade nos tempos atuais, o que decorre de diversas razões, tais como:

a) eficiência e agilidade (em relações contratuais frequentes ou repetitivas, como em contratos de prestação de serviços ou compra de bens, permite maior agilidade e eficiência na negociação, pois as cláusulas já estão estabelecidas e não precisam ser negociadas individualmente);

b) padronização (permitem a estipulação de padrões uniformes, garantindo que as cláusulas sejam consistentes);

c) redução de custos (não é necessário gastar tempo e recursos com a negociação individual de cláusulas em cada contrato);

d) previsibilidade (a padronização das cláusulas estabelecidas previamente diminui “surpresas” na interpretação e execução do contrato), dentre outras características que tornam o contrato de adesão um modelo interessante também para as relações civis e empresariais (tidas como paritárias) e não somente no âmbito dos contratos de consumo (onde é moldurado por regramento que presume a vulnerabilidade e oferece especial proteção ao consumidor).

Tem-se, portanto, que os contratos de adesão são também utilizados em situações em que a paridade permanece preservada, pois ainda que, de modo geral, os contratos de adesão possam representar desvantagem para o aderente que não teria a possibilidade de negociar as cláusulas contratuais, fato é que essa fase pode prescindir aos propósitos da relação, de modo que uma das partes, estando em posição paritária – no aspecto econômico, jurídico, negocial e/ou técnico – entenda vantajoso aderir a termos preestabelecidos que já são amplamente conhecidos – e, portanto, consistentes e previsíveis – sem que isso signifique um desequilíbrio.

---

<sup>113</sup> SCHREIBER, Anderson. Manual de direito civil contemporâneo. São Paulo, Saraiva Educação, 2018, p. 441

O contrato de adesão se mostra de grande utilidade para toda a sociedade, já que seu emprego *constitui produto ineliminável da moderna organização da produção e dos mercados, na exacta medida em que funciona como decisivo fator de racionalização e de economicidade da actuação empresarial.*<sup>114</sup>

Assim, a renúncia à fase de elaboração das cláusulas seria compensada por outros benefícios já citados (eficiência, agilidade, redução de custos, etc), de modo que, a natureza de adesão, não pode, por si só, determinar o regramento aplicável à relação jurídica: o que importa, concretamente, é identificar se existe paridade entre as partes nesse modelo contratual.

Feitas tais observações, retoma-se a análise da Lei da Liberdade Econômica, que, ao inserir o art. 421-A ao Código Civil Brasileiro, dispôs que os contratos civis e empresariais, salvo regime especial, presumem-se paritários, se não houver elementos concretos para justificar o afastamento de tal presunção.

Significa dizer que o espaço que goza a liberdade contratual é substancialmente ampliado nos contratos paritários, de modo que neles, de acordo com o disposto na lei, as partes podem definir os parâmetros de interpretação do negócio, os pressupostos de eventual alteração contratual, bem como a alocação dos riscos do negócio, atribuindo à intervenção um caráter excepcional e limitado.

Nesse aspecto, a liberdade contratual pode ser traduzida no poder reconhecido pela ordem jurídica ao homem, prévia e necessariamente qualificado como sujeito jurídico, *de judiciar a sua atividade (designadamente, a sua atividade económica), realizando livremente negócios jurídicos e determinando seus respectivos efeitos.*<sup>115</sup>

Ainda que dispersado do absolutismo que lhe qualificava, o tripé principiológico que estrutura a concepção clássica do contrato (liberdade contratual, obrigatoriedade e relatividade do contrato) ainda influencia a teoria contratual contemporânea.<sup>116</sup> Nesse tripé, a liberdade contratual tem especial relevância, seu

---

<sup>114</sup> PINTO, Carlos Mota. Contratos de adesão: uma manifestação jurídica da moderna vida econômica. Revista de Direito e Estudos Sociais. Coimbra, Almedina, 1973, p. 53.

<sup>115</sup> PRATA, Ana. A tutela constitucional da autonomia privada. Coimbra, Almedina, 1982, p.11.

<sup>116</sup> NALIN, Paulo. Do contrato conceito pós-moderno: em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. Juruá, Curitiba. 2008, p. 110.

significado ideológico e político originário – de exaltar a vontade do indivíduo enquanto condição para fundação do modelo econômico capitalista – subsiste, ainda que profundamente transformado, como explica Vincenzo Roppo:

In quanto fondato sulla volontà, il contratto è anche espressione di libertà. Le parti sono libere di decidere se, ed in che modo, le proprie sfere giuridiche abbiano ad essere incise dal contratto. Il senso ed il ruolo della volontà delle parti nel contratto si è profondamente trasformato nell'evoluzione storica. Nel secolo XIX domina una concezione tutta soggettiva del contratto: la volontà umana è la forza creatrice degli effetti giuridici, e nel contratto la volontà degli individui contraenti è tutto. "Dogma della volontà" è la formula che esprime questo ruolo totalizzante della volontà nel contratto.<sup>117</sup>

Tais considerações retornam ao problema central da pesquisa, no sentido de se verificar o espaço que goza a liberdade contratual, a considerar o modo e medida em que a função social do contrato vem sendo aplicada no âmbito dos contratos paritários. O capítulo seguinte percorrerá essa inquietude.

---

<sup>117</sup> ROPPO, Enzo. *Il Contratto*. Milano, Giuffrè, 2011, p. 35. (Na tradução livre: *Na medida em que se baseia na vontade, o contrato é também uma expressão de liberdade. As partes são livres para decidir se, e como, suas esferas jurídicas são afetadas pelo contrato. O significado e o papel da vontade das partes no contrato transformaram-se profundamente na evolução histórica. No século XIX predomina uma concepção completamente subjetiva do contrato: a vontade humana é a força criadora dos efeitos jurídicos, e no contrato a vontade dos indivíduos contratantes é tudo. "Dogma da vontade" é a fórmula que expressa esse papel totalizante da vontade no contrato*).

### 3. INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO: CONSENSOS E CRÍTICAS

Uma constante na doutrina nacional<sup>118</sup> ocorre no sentido de reconhecer a função social do contrato como instrumento de equilíbrio dos interesses individuais dos contratantes com os interesses coletivos da sociedade, impondo limites à liberdade contratual, e que sua essência reside na ideia de que os contratos não devem ser meros instrumentos de satisfação de interesses privados, mas devem também contribuir para o bem-estar social.

Embora a intenção por trás dessa abordagem seja nobre, é importante reconhecer que a função social do contrato enfrenta críticas e desafios relevantes que merecem atenção. Neste sentido, convém traçar algumas críticas pertinentes, suas implicações e possíveis desdobramentos.

Segundo Daisy Gogliano, quando da inclusão do termo “função social” no direito contratual brasileiro, houve uma confusão entre causa e objeto do contrato, o que se deve à polêmica em torno da teoria causalista que não foi adotada no Código Civil de 1916 e se limitou a cuidar da ilicitude do objeto como requisito essencial do ato jurídico na configuração de sua validade. Como consequência disso:

A função social do contrato, como razão e motivo, nos moldes em que foi proposta, cai no vazio, no subjetivismo, apta a conduzir à arbitrariedades, dada a sua relatividade, porque o que é social para um poderá não sê-lo para outro, e em nome do “social”, como função, facilmente instaura-se a insegurança jurídica, adotando-se uma teoria revisionista dos contratos, influenciada pela compreensão vaga e imprecisa do negócio jurídico, nessa tendência cada vez mais presente para generalizações e abstrações.<sup>119</sup>

Além disso, uma das principais críticas à função social do contrato reside na restrição imposta à liberdade contratual. A imposição de obrigações adicionais além do que foi livremente acordado entre as partes pode ser vista como uma

---

<sup>118</sup> Tais expressões são comumente encontradas nos mais variados manuais e cursos de Direito Civil de autores como Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, Silvio de Salvo Venosa, Maria Helena Diniz, dentre outros.

<sup>119</sup> GOGLIANO, Daisy. A função social do contrato: causa ou motivo. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), Ano 2004, n. 99, p. 153.

interferência excessiva do Estado nas relações privadas. Essa restrição pode desencorajar a celebração de contratos e limitar a autonomia da vontade das partes, restringindo, assim, a liberdade de contratar.

Nesse sentido, a crítica centraliza-se no fato de que, ainda que sua ideia seja meritória, a função social carece de uma definição clara e objetiva, que acaba por levar a uma interpretação demasiadamente subjetiva por parte dos tribunais. A falta de critérios específicos para determinar o cumprimento da função social do contrato pode gerar insegurança jurídica, dificultando a previsibilidade das consequências contratuais.<sup>120</sup>

Ou seja, a interpretação subjetiva da função social pode variar entre os diferentes julgadores, gerando uma falta de previsibilidade e coerência nas decisões judiciais, que dificulta a formulação de estratégias comerciais sólidas, inibindo o desenvolvimento econômico diante da imprevisibilidade do contrato, tornando mais desafiador para as partes planejarem e tomarem decisões informadas.

Outro aspecto a se considerar, é o possível desequilíbrio de deveres entre as partes contratantes. Isso porque, a depender da interpretação dada à função social do contrato, uma parte pode ser obrigada a cumprir obrigações adicionais para atender ao interesse social, enquanto a outra pode se beneficiar dessas obrigações sem necessariamente contribuir igualmente para a satisfação do critério de socialidade, colocando um ônus desproporcional sobre uma das partes envolvidas.

Essa busca pela promoção do interesse social pode resultar em custos adicionais para as partes contratantes, afetando a viabilidade econômica dos contratos. Além disso, a incerteza decorrente da interpretação subjetiva da função social do contrato pode desencorajar a celebração de contratos mais complexos. Isso porque, quando as obrigações contratuais são estendidas além do que foi acordado pelas partes, os incentivos para a negociação e cumprimento dos contratos podem ser prejudicados. Isso pode levar a uma alocação ineficiente de recursos e a uma diminuição da atividade econômica.

Outra crítica diz respeito à interferência excessiva do Estado na relação contratual. A função social do contrato muitas vezes requer uma análise subjetiva do

---

<sup>120</sup> *Ibidem*, p. 155.

contrato para definir o que é considerado "socialmente adequado". Essa interferência carregada de subjetividade, acaba por gerar insegurança jurídica, dificultando a previsibilidade das consequências contratuais e aumentando a burocracia, resultando em um ambiente desfavorável para a celebração de contratos.

Ao impor obrigações adicionais baseadas em considerações de interesse público ou bem-estar social, o Estado pode restringir a liberdade contratual e limitar as escolhas individuais das partes, o que se mostra inadequado e prejudicial nos casos em que as partes estão em condições de igualdade e negociaram os termos livremente, sem qualquer coerção ou desequilíbrio de poder – o que é a base dos contratos paritários.

Relevante, também, sublinhar que a definição do que é considerado "socialmente adequado" no âmbito contratual é um desafio permanente. As interpretações subjetivas podem levar a decisões judiciais inconsistentes. Além disso, o critério da função social pode ser utilizado como ferramenta para promover determinados interesses particulares ou ideológicos, em detrimento da vontade das partes envolvidas.

Isso porque, nem todos os contratos têm o mesmo impacto social e nem todas as partes têm as mesmas necessidades e prioridades, assim, ao impor uma função social a toda e qualquer relação contratual, corre-se o risco de ignorar as particularidades e circunstâncias de cada contrato, como explica Daisy Gogliano:

Não se sabe o que é função social. Depende do tempo. Justamente é o que conduz a norma contida no art. 421 do Código Civil no exercício da liberdade contratual. Cada sujeito buscará, dentro de uma possível compreensão subjetiva a "sua" função social. O que é social para um, não será para o outro, dada a relatividade do conceito. Em nome da 'função social' etérea, abstrata, em nome e por conta da proteção do mais débil e do mais fraco, instala-se a insegurança jurídica no tráfico social. Institutos decantados ao longo de séculos perdem-se no esquecimento, a saber: a teoria da imprevisão, a cláusula "rebus", a resolução por onerosidade excessiva e todos os demais princípios que informam o contrato. Facilmente, a decantada função social pode tornar-se impregnada de ideologia, quando em nome dela, o aplicador do Direito, segundo a sua concepção subjetiva, buscará um motivo para arrancar o contrato de seu equilíbrio natural. E a justiça contratual

será pisoteada, no momento em que a função social ficar a mercê de mecanismos políticos-institucionais.<sup>121</sup>

Sem a audácia de desmerecer a função social do contrato, que fora concebida com o propósito de promover a justiça social, é preciso reconhecer que as críticas apontadas merecem ser consideradas.

Importa ressaltar que não se trata de renegar a importância da função social do contrato, ao contrário, o que se pretende é justamente preservar a nobreza de seu papel nas relações contratuais, mediante interpretação e aplicação adequadas, reservando o seu potencial para as hipóteses em que ela se demonstre necessária e eficaz – o que, na perspectiva aqui adotada, não é o caso das relações paritárias.

Está-se diante, portanto, de uma busca pelo “Ótimo de Pareto”<sup>122</sup> entre a liberdade contratual e a proteção dos interesses sociais, que, segundo a posição aqui defendida, não implica o uso da função social do contrato como fundamento para manutenção ou restabelecimento do equilíbrio entre esses ativos, quando diante de uma relação contratual paritária, o que se confirma pelo modo como a jurisprudência tem utilizado a função social do contrato em suas fundamentações.

### 3.1A INTERVENÇÃO NOS CONTRATOS PARITÁRIOS E SUA FUNDAMENTAÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Dentre as razões que instigam a presente tese, uma delas é fundamental para a compreensão da visão que se propõe: a eficácia da aplicação da função social do contrato nas relações simétricas ou paritárias. Surge, então, a necessidade de

---

<sup>121</sup> GOGLIANO, Daisy. A função social do contrato: causa ou motivo. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), Ano 2004, n. 99, p. 193.

<sup>122</sup> O conceito de "Ótimo de Pareto" é uma ideia fundamental na teoria econômica e na teoria do bem-estar social. Foi desenvolvido pelo economista italiano Vilfredo Pareto no início do século XX e descreve uma situação em que não é possível melhorar a situação de uma pessoa sem piorar a situação de outra. Em termos simples, um resultado é considerado um Ótimo de Pareto se não for possível fazer alguém melhorar sua condição sem fazer outra pessoa piorar. Tal conceito é usado em uma variedade de campos, incluindo economia, política, ética e tomada de decisões. Ele é especialmente relevante em discussões sobre desigualdade social e eficiência econômica. (PARETO, Vilfredo. Manuale di Economia Politica. Roma, Bizzarri Editore, 1965).

compreender se e, em que termos, a função social serve como critério para o regulamento contratual em questão.

Sujeitar o contrato a critérios demasiadamente amplos e subjetivos, o expõe a uma desestabilidade, cujo efeito deve ser controlado por uma constante avaliação da aplicabilidade desses critérios, de modo a garantir a higidez da fundamentação nas decisões dos tribunais.

De um lado, tem-se que os princípios e cláusulas gerais podem propiciar ao julgador, a possibilidade de corrigir os resultados alcançados com a aplicação de uma regra específica. Mas, tal aspecto desponta preocupação, pois sua utilização pode resultar na transformação do sistema jurídico baseado na lei escrita, em um ordenamento de direito judicial. Sendo originariamente concebidos para regular as relações entre o Estado e os cidadãos, sua aplicação no direito privado levanta questões complexas.<sup>123</sup>

A elasticidade dos princípios e cláusulas gerais depende justamente do perfil axiológico, adaptáveis, portanto, às necessidades da sociedade, e que, através de expressões linguísticas indeterminadas, restam implícitas na referência a valores de moralidade ou costume.<sup>124</sup>

Antes mesmo da promulgação da Lei da Liberdade Econômica, já havia entendimento na doutrina e na jurisprudência no sentido de que, nos contratos simétricos ou paritários, as partes exercem na plenitude a liberdade de contratar, especialmente na definição das regras de conteúdo econômico, privilegiando-se o princípio constitucional da autonomia privada, que é consectário da liberdade do indivíduo.<sup>125</sup>

Provavelmente por isso, os exemplos jurisprudenciais de revisão em contratos paritários não são tão frequentes. A maioria dos julgados do STJ são de decisões contrárias à revisão contratual, pois, conforme assinalado, antes mesmo da

---

<sup>123</sup> D'AMICO, Giovanni. Problemi (e limiti) dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato. *Giustizia Civile*, n. 3 - 2016. <https://giustiziacivile.com/giustizia-civile-riv-trim/problemi-e-limiti-dellapplicazione-diretta-dei-principi-costituzionali-nei>. Acesso em 14 de junho de 2023.

<sup>124</sup> ROSELLI, Federico, *Il controllo della cassazione civile sull'uso delle clausole generali*, Napoli, Jovene, 1983, p. 145.

<sup>125</sup> FORGIONI, Paula A. *Contratos Empresariais*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2020, p. 55.

Lei da Liberdade Econômica, já se reconhecia a limitação da revisão contratual para situações excepcionais. Também foi verificado que grande parte dos julgados que admitiu a revisão contratual, tratavam de relações de consumo e contratos de locação (ambos regulados por legislações especiais).

E, analisando os casos em que o STJ reconheceu a necessidade de intervenção, foram poucos os julgados em que a função social do contrato teve uma importância central na fundamentação, tendo sido geralmente citada em complemento a outros princípios e cláusulas gerais, como a boa-fé, a onerosidade excessiva, o equilíbrio contratual e a dignidade da pessoa humana (esta última com dimensão de aplicação exponencialmente maior nas mais diversas áreas do direito), o que mostra um impacto prático bastante reduzido quanto ao uso da função social como critério decisório.

Em muitos julgados, restou evidenciado que a função social do contrato carece de concretização, a fim de que se possa adequadamente aplicá-la como fundamento nas demandas judiciais. O que se percebe, ao longo dos anos, é o uso da função social para complementar decisões que já encontram fundamentos suficientes, seja nos próprios dispositivos do Código Civil (ou do Código de Defesa do Consumidor), seja na boa-fé ou no equilíbrio contratual, não se verificando decisões em que a função social foi invocada como fundamento principal para decidir a controvérsia.

Toma-se como exemplo o REsp 627.424/PR, em que o STJ, ao julgar a legitimidade do terceiro adquirente em transferência de contrato de mútuo habitacional, fundamenta sua decisão mencionando, dentre outros princípios (e sem descuidar da legislação específica para o caso) a função social do contrato, cuja ementa se transcreve:

Deveras, constante cediço, o princípio do *pacta sunt servanda*, a força obrigatória dos contratos, porquanto sustentáculo do postulado da segurança jurídica, é princípio mitigado, posto sua aplicação prática estar condicionada a outros fatores, como, por v.g., a função social, as regras que beneficiam o aderente nos contratos de adesão e a onerosidade excessiva. O Código Civil de 1916, de feição individualista, privilegiava a autonomia da vontade e o princípio da força obrigatória dos vínculos. Por seu turno, o Código Civil de 2002 inverteu os valores e sobrepôs o social em face do individual. Desta sorte, por força do Código de 1916, prevalecia o elemento subjetivo, o que obrigava o juiz a identificar a intenção das partes para interpretar

o contrato. Hodiernamente, prevalece na interpretação do elemento objetivo, vale dizer, o contrato deve ser interpretado segundo os padrões socialmente reconhecíveis para aquela modalidade de negócio.<sup>126</sup>

Especificamente nas demandas que envolvem contratos paritários, o STJ tem igualmente interligado a função social do contrato e a boa-fé para fundamentar sua decisão, como se verificou nos julgados anteriormente citados. Em verdade, o que se constata, é que a função social em nada agrega a tomada da decisão, sendo apenas “lembrada” como mero acompanhamento da boa-fé objetiva.

O fato de o STJ frequentemente relacionar a boa-fé com a função social do contrato, poderia justificar-se porque ambas são vocacionadas para os casos em que não há solução expressa no ordenamento jurídico. Todavia, ao analisar esse uso conjunto, a função social do contrato acaba por atuar de forma subsidiária, isso porque, conforme explica Cristiano de Souza Zanetti:

À diferença da função social, todavia, o emprego da boa-fé é facilitado pela fecunda tradição doutrinária existente, na qual sobressaem os esforços empreendidos pelos juristas alemães. Graças aos trabalhos dos estudiosos, foram criadas figuras parcelares da boa-fé que muito ajudam a identificar a conduta a ser observada pelo contratante que pretende se portar em conformidade com as exigências da lealdade e confiança. Sem poder se escorar em pilares tão sólidos, a função social é reiteradamente mencionada para secundar soluções fundadas na boa-fé objetiva em casos nos quais se discutia a extinção de certas relações contratuais.<sup>127</sup>

Referido autor segue afirmando que, ao longo dos anos, a função social do contrato tem sido empregada para corroborar a adoção de soluções que, a despeito de falta de previsão específica, podem ser construídas com arrimo na boa-fé objetiva, mediante a concretização dos valores da lealdade e confiança que o princípio encerra.<sup>128</sup>

---

<sup>126</sup> STJ, 1ª T, REsp 627.424/PR, Relator Ministro Luiz Fux, julg. 06/03/2007, publ. 28/05/2007.

<sup>127</sup> ZANETTI, Cristiano de Souza. A função social do contrato no Superior Tribunal de Justiça: 10 anos depois. Revista Res Severa Verum Gaudium, Porto Alegre, v. 4, n. 1, Jun/2019, p. 14.

<sup>128</sup> Ibidem, p. 17.

### 3.1.1 A essencialidade da boa-fé

Para o direito privado brasileiro, já há tempo a boa-fé tem exercido papel central, em especial, no âmbito do direito contratual. Expressa no art. 422<sup>129</sup> do Código Civil, estabelece que "os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé".

Tal dispositivo consagra a necessidade de comportamento ético e honesto das partes na relação jurídica, visando à proteção da confiança e à promoção de relações mais justas.

A jurisprudência tem reiteradamente reconhecido a boa-fé como princípio norteador das relações contratuais, exigindo que as partes atuem de forma transparente, leal e honesta, configurando-se como uma diretriz que permite enquadrar as situações que se revelam abusivas, mas que não se encontram expressamente vedadas pela legislação. Nesse sentido, a boa fé se ajusta a uma visão do direito em conformidade com a que subjaz ao Estado de Direito Social, intervencionista e preocupado por corrigir desequilíbrios e injustiças, para lá das meras justificações formais.<sup>130</sup>

Sobre a aplicação da boa-fé nas relações contratuais, pontuam Judith Martins-Costa e Gerson Luiz Branco:

Se é bem verdade que o princípio enseja uma tarefa de reconstrução dogmática do Direito obrigacional, também é verdadeiro que esta não é absolutamente uma tarefa arbitrária. A invocação da boa-fé contratual está 'contida nos limites da realidade do contrato, sua tipicidade, estrutura e funcionalidade, com aplicação dos princípios admitidos pelo sistema.<sup>131</sup>

---

<sup>129</sup> Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

<sup>130</sup> PINTO, Carlos Alberto da Mota. Teoria Geral do Direito Civil. Coimbra, Almedina, 2005, p. 124.

<sup>131</sup> MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Diretrizes teóricas do Novo Código Civil Brasileiro. São Paulo, Saraiva, 2012, p. 221.

A teoria da boa-fé objetiva tem sido amplamente utilizada pela jurisprudência nacional como elemento fundamental tanto na interpretação quanto na execução dos contratos.

O STJ tem se posicionado no sentido de que a boa-fé objetiva deve ser observada pelas partes durante toda a relação contratual, desde a fase de negociação até o cumprimento das obrigações assumidas, impondo o dever de cooperação entre as partes, a lealdade e a transparência na execução do contrato, bem como a observância dos princípios da equidade e da confiança, contribuindo para a segurança jurídica e a solução de conflitos de maneira mais justa e equitativa.

Considerada como um padrão de comportamento ético e leal, a boa-fé é um elemento essencial para o funcionamento adequado do sistema jurídico, tanto na relação entre particulares quanto na relação com o Estado.

Também o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 4º, estabelece a boa-fé como um dos princípios norteadores das relações de consumo. Isso significa que as empresas e fornecedores devem agir de forma transparente, honesta e leal, garantindo a proteção dos direitos dos consumidores, traduzindo-se em importante mecanismo de proteção ao consumidor, evitando práticas abusivas e enganosas, e promovendo a igualdade nas relações de consumo.

A boa-fé não se limita apenas à honestidade subjetiva das partes envolvidas, mas também abrange um padrão objetivo de comportamento ético e leal, levando em consideração as expectativas legítimas de cada parte.

A distinção entre a boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva, reside no fato de que a primeira diz respeito à intenção interna das partes de agir de forma honesta, enquanto a segunda refere-se às expectativas que as partes têm umas em relação às outras. Há, ainda, uma função integrativa, que desempenha papel fundamental na supressão de eventuais omissões e na interpretação das cláusulas contratuais, buscando alcançar o equilíbrio entre os interesses das partes e a justiça contratual.<sup>132</sup>

Nessa distinção entre boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva, geralmente prepondera a segunda, como explica Flávio Tartuce:

---

<sup>132</sup> MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no Direito Privado. São Paulo, Saraiva, 2018, p.154.

À luz das codificações dos séculos passados, o conceito de boa-fé somente era relacionado com a intenção das partes no momento da elaboração do ato jurídico, elemento do conceito de boa-fé subjetiva (...) a boa-fé estaria incluída nos limites da vontade da pessoa (...) Com o jusnaturalismo, a boa-fé ganhou, no Direito Comparado, uma nova faceta, relacionada com a conduta dos negociantes, sendo denominada boa-fé objetiva. Nessa fase, foi fundamental o pensamento de Hugo Grotius, que deu uma nova dimensão à boa-fé, ao atrelá-la à interpretação dos negócios jurídicos, particularmente no campo contratual. No Direito Comparado, outros autores, como Pufendorf, procuraram trazer a boa-fé para o campo da conduta, relacionando-a com uma 'obrigação histórica de comportamento'. Da subjetivação saltou-se para a objetivação, o que é consolidado pelas codificações privadas europeias.<sup>133</sup>

A boa-fé objetiva desempenha três funções basilares: a criadora, a limitadora e a interpretadora. No primeiro caso, a boa-fé objetiva é criadora de deveres de conduta enquanto dura o liame decorrente do contrato – são os chamados deveres anexos. Na segunda, limita o exercício dos direitos subjetivos, configurando as balizas entre o abuso e a licitude. Por fim, ela é utilizável para a consecução e a interpretação da relação contratual.<sup>134</sup>

Ao longo dos anos, o Superior Tribunal de Justiça tem aplicado a boa-fé objetiva de forma ampla e abrangente, reconhecendo sua importância nas mais diversas áreas do direito.<sup>135</sup>

No âmbito das relações contratuais, mais especificamente, o STJ tem observado o comportamento das partes durante a formação e a execução do contrato, levando em consideração os deveres de informação, cooperação e lealdade recíproca, a fim de coibir práticas abusivas e garantir o equilíbrio contratual, conferindo ênfase à boa-fé objetiva.<sup>136</sup>

---

<sup>133</sup> TARTUCE, Flávio. *Função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao novo Código Civil*. São Paulo, Método, 2018, p. 116.

<sup>134</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2017, p. 125.

<sup>135</sup> A título exemplificativo: STJ, 3ª T, REsp 586.316/MG, Relator Ministro Herman Benjamin, publ. 19/03/2009; STJ, 3ª T, REsp 1.192.678/PR, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, publ. 26/11/2012; STJ, 4ª T, REsp 984.106/SC, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, publ. 04/10/2012.

<sup>136</sup> Destacam-se os seguintes julgados: STJ, 4ª T, REsp 469.577/SC, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, publ. 05/05/2003; STJ, 4ª T, REsp 1.051.270/RS, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, publ. 05/09/2011; STJ, 4ª T, REsp 877.965/SP, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, publ. 01/02/2012; STJ, 3ª T, REsp 1.988.124/SP, Relatora Ministra Nancy Andrichi, publ. 13/06/2022.

Essa riqueza de fontes jurisprudenciais evidenciando a boa-fé, implica que se ressalte, novamente, que, ainda que se argumente que a boa-fé tem um conceito vago, de conteúdo indeterminado e carregado de subjetividade, fato é que ela se traduz em outros conceitos com sentido mais concreto, como lealdade, confiança, probidade, veracidade, transparência, que auxiliam sua interpretação e aplicação, permitindo uma compreensão precisa do resultado que ela pretende produzir. E mais, na jurisprudência nacional, a boa-fé tem se mostrado fundamento suficiente para justificar uma decisão e produzir os efeitos esperados.

O mesmo não se pode dizer da função social do contrato. Isso porque, os termos comumente empregados para descrevê-la, tais como socialidade, interesse coletivo, justiça social, não trazem um sentido claro do que se pretende alcançar, tampouco se prestam a um resultado efetivo na fundamentação de uma decisão, tendo que ser complementada pela quase que “inseparável” boa-fé objetiva, o que acaba por produzir uma série de julgados em que são citadas em conjunto, o que reforça a observação já feita no decorrer desta tese: a função social do contrato acaba exercendo um papel secundário, meramente complementar à boa-fé objetiva.

### **3.1.2 Outros princípios relevantes utilizados na jurisprudência**

Não se pode negar que os princípios contratuais contemporâneos fortalecem os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, submetendo o contrato aos interesses coletivos com vistas a orientar relações mais éticas e equilibradas, que reflitam o ideal de justiça social.

O contexto axiológico no qual se insere o Código Civil a partir da Constituição, alterou o sentido tradicionalmente atribuído à autonomia privada e à teoria contratual. Os princípios clássicos adquiriram novos contornos com o surgimento dos princípios da boa-fé objetiva, do equilíbrio econômico e da função social dos contratos. A boa-fé objetiva atua preponderantemente sobre a autonomia privada. O equilíbrio contratual altera substancialmente a força obrigatória, e a função

social subverte o princípio da relatividade, impondo efeitos contratuais que extrapolam a avença negocial.<sup>137</sup>

Ao lado da função social do contrato e da boa-fé objetiva, outros princípios são também mencionados na jurisprudência do STJ, a exemplo da onerosidade excessiva, da igualdade das partes e da dignidade da pessoa humana, os quais, em maior ou menor grau, compõem o quadro de fundamentos a justificar a intervenção nas relações contratuais, e, portanto, não podem deixar de ser aqui analisados.

No tocante à onerosidade excessiva, destacam-se dois julgados em que o princípio aparece contextualizado com a função social do contrato e com a boa-fé objetiva. No primeiro caso, o tribunal estadual havia reconhecido que a resolução do contrato agrário em questão era imperativa por conta da onerosidade excessiva verificada e para preservação da função social, mas o STJ reformou a decisão, forte na constatação de que os fatos ocorridos não se caracterizavam como extraordinários e imprevisíveis, afastando a ocorrência de onerosidade excessiva e rechaçando a alegação de desrespeito à função social do contrato:

DIREITO CIVIL E AGRÁRIO. COMPRA E VENDA DE SAFRA FUTURA A PREÇO CERTO. ALTERAÇÃO DO VALOR DO PRODUTO NO MERCADO. CIRCUNSTÂNCIA PREVISÍVEL. **ONEROSIDADE EXCESSIVA. INEXISTÊNCIA. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO, BOA-FÉ OBJETIVA E PROIBIDADE. INEXISTÊNCIA. CLÁUSULAS ACESSÓRIAS ABUSIVAS. IRRELEVÂNCIA.**- A compra e venda de safra futura, a preço certo, obriga as partes se o fato que alterou o valor do produto agrícola não era imprevisível.- Na hipótese **afigura-se impossível admitir onerosidade excessiva**, inclusive porque chuvas e pragas – motivos alegados pelo recorrido para sustentar a ocorrência de acontecimento extraordinário – são circunstâncias previsíveis na agricultura, que o produtor deve levar em consideração quando contrata a venda para entrega futura com preço certo.- O fato do comprador obter maior margem de lucro na revenda, decorrente da majoração do preço do produto no mercado após a celebração do negócio, não indica a existência de má-fé, improbidade ou tentativa de desvio da função social do contrato. - **A função social infligida ao contrato não pode desconsiderar seu papel primário e natural, que é o econômico.** Ao assegurar a venda de sua colheita futura, é de se esperar que o produtor inclua nos seus cálculos todos os custos em que poderá incorrer, tanto os decorrentes dos próprios termos do contrato, como aqueles derivados das condições da lavoura. - A boa-fé objetiva se apresenta como uma exigência de lealdade, modelo

---

<sup>137</sup> TEPEDINO, Gustavo. Novos princípios contratuais e teoria da confiança: exegese da cláusula to the best knowledge of the sellers. São Paulo, Revista Forense, v. 377, 2005, p. 237.

objetivo de conduta, arquétipo social pelo qual impõe o poder-dever de que cada pessoa ajuste a própria conduta a esse modelo, agindo como agiria uma pessoa honesta, escorreita e leal. Não tendo o comprador agido de forma contrária a tais princípios, não há como inquirir seu comportamento de violador da boa-fé objetiva. - Nos termos do art. 184, segunda parte, do CC/02, “a invalidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a destas não induz a da obrigação principal”. Portanto, eventual abusividade de determinadas cláusulas acessórias do contrato não tem relevância para o deslinde desta ação. Ainda que, em tese, transgridam os princípios da boa-fé objetiva, da proibidade e da função social do contrato ou imponham ônus excessivo ao recorrido, tais abusos não teriam o condão de contaminar de maneira irremediável o contrato, de sorte a resolvê-lo. Recurso especial conhecido e provido.<sup>138</sup>

Já no segundo julgado, que trata de relação contratual paritária, o entendimento do STJ foi de que a desvalorização da moeda nacional ocorrida em 1999 não autoriza a aplicação da teoria da imprevisão ou da teoria da onerosidade excessiva para promover a revisão de cláusula de indexação ao dólar americano. A intervenção nos contratos, à luz da teoria da imprevisão ou da teoria da onerosidade excessiva, exige a demonstração de mudanças supervenientes que comprometam o valor da prestação.

Em seu voto, o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva afirmou que não há como afastar a previsibilidade de risco na celebração de contrato em moeda estrangeira, tendo em vista a relação jurídica paritária e as oscilações econômicas:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO. DÓLAR AMERICANO. MAXIDESVALORIZAÇÃO DO REAL. AQUISIÇÃO DE EQUIPAMENTO PARA ATIVIDADE PROFISSIONAL. AUSÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONSUMO. TEORIAS DA IMPREVISÃO. TEORIA DA ONEROSIDADE EXCESSIVA. TEORIA DA BASE OBJETIVA. INAPLICABILIDADE.

1. Ação proposta com a finalidade de, após a maxidesvalorização do real em face do dólar americano, ocorrida a partir de janeiro de 1999, modificar cláusula de contrato de compra e venda, com reserva de domínio, de equipamento médico (ultrassom), utilizado pelo autor no exercício da sua atividade profissional de médico, para que, afastada a indexação prevista, fosse observada a moeda nacional.

2. (...).

3. **A intervenção nos contratos, à luz da teoria da imprevisão ou da teoria da onerosidade excessiva, exige a demonstração de mudanças supervenientes das circunstâncias iniciais vigentes à época da realização do negócio, oriundas de evento imprevisível**

---

<sup>138</sup> STJ, 3ª. T, REsp 783.404/GO, Relatora Ministra Nancy Andrichi, julg. 28/06/2007, publ. 13/08/2007.

**(teoria da imprevisão) e de evento imprevisível e extraordinário (teoria da onerosidade excessiva), que comprometa o valor da prestação, demandando tutela jurisdicional específica.**

4. O histórico inflacionário e as sucessivas modificações no padrão monetário experimentados pelo país desde longa data até julho de 1994, quando sobreveio o Plano Real, seguido de período de relativa estabilidade até a máxidesvalorização do real em face do dólar americano, ocorrida a partir de janeiro de 1999, não autorizam concluir pela imprevisibilidade desse fato nos contratos firmados com base na cotação da moeda norte-americana, **em se tratando de relação contratual paritária.**

5. A teoria da base objetiva, que teria sido introduzida em nosso ordenamento pelo art. 6º, inciso V, do Código de Defesa do Consumidor - CDC, difere da teoria da imprevisão por prescindir da previsibilidade de fato que determine oneração excessiva de um dos contratantes. Tem por pressuposto a premissa de que a celebração de um contrato ocorre mediante consideração de determinadas circunstâncias, as quais, se modificadas no curso da relação contratual, determinam, por sua vez, consequências diversas daquelas inicialmente estabelecidas, com repercussão direta no equilíbrio das obrigações pactuadas. Nesse contexto, **a intervenção judicial se daria nos casos em que o contrato fosse atingido por fatos que comprometessem as circunstâncias intrínsecas à formulação do vínculo contratual, ou seja, sua base objetiva.**

6. Em que pese sua relevante inovação, tal teoria, ao dispensar, em especial, o requisito de imprevisibilidade, foi acolhida em nosso ordenamento apenas para as relações de consumo, que demandam especial proteção. Não se admite a aplicação da teoria do diálogo das fontes para estender a todo direito das obrigações regra incidente apenas no microsistema do direito do consumidor, **momento com a finalidade de conferir amparo à revisão de contrato livremente pactuado com observância da cotação de moeda estrangeira.**

7. Recurso especial não provido.<sup>139</sup>

Seguindo a análise dos julgados, a pesquisa constatou que o princípio da igualdade das partes é frequentemente vinculado à boa-fé objetiva (figurando como um elemento derivado desta) e também conectado com a liberdade contratual.

Sobre tal aspecto, Rodrigo Mazzei assevera que, em que pese a admirável construção teórica acerca da inerente justiça contratual advinda da autonomia privada e da igualdade das partes, essa liberdade é apenas teórica e a mera igualdade formal não garante o equilíbrio do contrato, pois somente há uma deliberação efetivamente

---

<sup>139</sup> STJ, 3ª T, REsp n. 1.321.614/SP, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Relator para acórdão Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, julg. 16/12/2014, publ. 03/03/2015.

livre quando uma das partes não se vê na contingência de ter que se submeter à vontade da outra.<sup>140</sup>

Segundo Ana Prata, a máxima de que todos são iguais perante a lei, significa que todos iguais em relação ao Estado, porém, no nível da relação entre os particulares, não se pode afirmar o mesmo, eis que a igualdade entre as pessoas é meramente ficta, pois apesar de colocar sujeitos diversos perante uma mesma realidade, nem a lei nem o Estado são capazes de atribuir a determinadas relações jurídicas uma igualdade real.<sup>141</sup>

Dito isso, destaca-se a ementa do julgado (com grifos):

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RITO COMUM. CONTRATO EMPRESARIAL. CESSÃO DE DIREITOS DE EXPLORAÇÃO DE PUBLICIDADE EM EVENTOS ESPORTIVOS. RESCISÃO UNILATERAL PELA CONTRATANTE, MEDIANTE O PAGAMENTO DA MULTA COMPENSATÓRIA. IRRESIGNAÇÃO DAS CONTRATADAS. OMISSÃO DO ACÓRDÃO DE ORIGEM. INEXISTÊNCIA. CONTRATO TÍPICAMENTE EMPRESARIAL. **IGUALDADE DAS PARTES. PACTA SUNT SERVANDA. PRESERVAÇÃO DO AJUSTE, CONSOANTE PACTUADO.** SÚMULA 83/STJ. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. PROPORCIONALIDADE DO ARBITRAMENTO. REEXAME. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

1. Não se verifica a alegada violação aos arts. 489, § 1º, IV, e 1.022 do CPC/2015, na medida em que a eg. Corte Estadual dirimiu, fundamentadamente, os pontos essenciais da controvérsia.

2. Na forma da jurisprudência desta Corte, "o controle judicial sobre eventuais cláusulas abusivas em contratos de cunho empresarial é restrito, face a concretude do princípio da autonomia privada e, ainda, em decorrência de prevalência da livre iniciativa, do pacta sunt servanda, da função social da empresa e da livre concorrência de mercado".

3. Na espécie, a agravante reputa abusiva a cláusula do contrato que permite à contratante a rescisão unilateral e imotivada do ajuste, mediante o pagamento da multa compensatória. Tratando-se, porém, de contrato tipicamente empresarial - cessão de direitos de exploração de publicidade em eventos esportivos - **e estando as partes em estado de igualdade, deve ser rejeitada a pretensão de revisão do pacto fundada na invocação genérica de princípios como os da boa-fé, da função social da propriedade e da livre concorrência.**

4. Agravo interno improvido.<sup>142</sup>

<sup>140</sup> MAZZEI, Rodrigo. O princípio da relatividade dos efeitos contratuais e suas mitigações. Revista Argumentum n. 8, 2008, p. 146.

<sup>141</sup> PRATA, Ana. A tutela constitucional da autonomia privada. Coimbra, Almedina, 1982, p. 88.

<sup>142</sup> STJ, 4ª T, AgInt no AREsp n. 655.382/RJ, Relator Ministro Raul Araújo, julg, 12/6/2023, publ. 19/6/2023.

Para o STJ, a alegação de abusividade de cláusulas em contrato tipicamente empresarial – aquele em que as partes se encontram em condição de igualdade – não pode ser fundada na invocação genérica de princípios como a boa-fé e a função social da propriedade, pois o controle judicial deve pautar-se na concretude dos elementos que embasam tais princípios.

A jurisprudência também atribui relevante destaque ao princípio da dignidade da pessoa humana. O termo foi expresso pela primeira vez na Carta das Nações Unidas de 1945, depois, na Constituição Italiana de 1947, na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, na Constituição Portuguesa de 1976, e, no Brasil, na Constituição Federal de 1988.<sup>143</sup>

Proclamada entre os princípios fundamentais da Constituição Federal de 1988 como *o valor supremo de alicerce da ordem jurídica democrática, é na dignidade humana que a ordem jurídica (democrática) se apoia e constitui-se*.<sup>144</sup>

Sua incorporação, através da metodologia civil-constitucional, aos mais diversos institutos do direito civil, causou uma verdadeira transformação do direito civil, que saiu da tradicional esfera de proteção dos valores individuais, para se reposicionar a partir dos valores insculpidos pelo princípio da dignidade da pessoa humana, consoante a diretriz constitucional.

A considerar esse conceito aberto e dinâmico, Maria Celina Bodin de Moraes procura desvendar cuidadosamente o princípio da dignidade da pessoa humana, demonstrando a presença de quatro princípios passíveis de dedução, quais sejam: a) o princípio jurídico da liberdade; b) o princípio jurídico da solidariedade; c) o princípio jurídico da igualdade; d) o princípio jurídico da integridade psicofísica, todos consagrados no texto constitucional.<sup>145</sup> A autora ainda explica:

O substrato material da dignidade desse modo entendida pode ser desdobrado em quatro postulados: i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele; ii) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em

---

<sup>143</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. Revista Trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro: Padma, nº 9, jan./mar. 2002, p. 33.

<sup>144</sup> BODIN DE MORAES, Maria Celina. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. In: Princípios do Direito Civil Contemporâneo. Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p.14.

<sup>145</sup> Idem, 2003, p. 81.

relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado. Assim, são corolários dessa elaboração os princípios jurídicos da igualdade, da integridade física e moral – psicofísica -, da liberdade e da solidariedade.<sup>146</sup>

Por fim, o princípio da relatividade dos efeitos do contrato, entendido como o princípio que delimita o âmbito da eficácia do contrato com base na dicotomia “parte *versus* terceiro”, de modo que os contratos só produzem efeito relativamente às partes, não prejudicando ou beneficiando terceiros cuja vontade não tenha participado da formação do vínculo contratual.<sup>147</sup>

Partindo do entendimento tradicional, no sentido de que os contratos somente produzem efeitos perante as partes contratantes, não prejudicando nem beneficiando terceiros, Rodrigo Mazzei identifica uma relação íntima com a autonomia privada, como fundamento da obrigatoriedade do contrato. A sobrevalorização da autonomia privada, que, em última análise, fundamentava a concepção de que os contratos somente produziam efeitos para as partes, cede diante da constatação de que a formação dos contratos não se subordina tão somente à vontade destas, como também ao entendimento de que o fundamento da obrigatoriedade do contrato está vinculado à observância de certos valores instituídos pelo ordenamento jurídico.<sup>148</sup>

A função social do contrato subverte o princípio da relatividade, impondo efeitos contratuais que extrapolam a avença negocial. E, em que pese tratar-se de regra cogente, sua vinculação com a liberdade contratual representa inequívoca manifestação da diretriz da socialidade, isso porque a função primordial do contrato é promover a circulação de riquezas, havendo primeiro de ser assegurada esta função socioeconômica, para, então, cogitar de sua disciplina e limitação. Reconhecer a possibilidade de intervenção por ofensa à função social, não significa dizer que o contrato pode ser transformado pela sentença, contra os termos da avença e ao

---

<sup>146</sup> *Ibidem*, p. 17.

<sup>147</sup> NEGREIROS, Teresa. Teoria do Contrato: novos paradigmas. Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2006, p. 214.

<sup>148</sup> MAZZEI, Rodrigo. O princípio da relatividade dos efeitos contratuais e suas mitigações. Revista Argumentum n. 8, 2008, p. 135.

arrepio da vontade negocial, tampouco pode ser transformado em instrumento de assistência social.<sup>149</sup>

O que se percebe, em um panorama geral, é uma remarcação dos limites dos princípios clássicos do contrato, decorrente das interrelações destes com os denominados novos princípios (boa-fé objetiva, equilíbrio e função social do contrato) que, por sua vez, delimitam a nova face do direito contratual. Importa, pois, verificar se esses novos princípios estão sendo adequadamente aplicados no sistema jurídico contemporâneo, especialmente, no que concerne à função social do contrato.

### 3.20 REPOSICIONAMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

Tamanha é a relevância da base principiológica no direito, que a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro dispõe em seu art. 4º que *quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito*. O dispositivo garante lugar de destaque aos princípios e cláusulas gerais também no âmbito do direito contratual, orientando a interpretação e execução dos contratos, servindo como guia para encontrar soluções mais justas, razoáveis e garantir maior equilíbrio e segurança nas relações negociais.

Convém, neste ponto, recordar o art. 2.035 do Código Civil, que destaca:

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.

Segundo referida norma, os contratos que foram celebrados sob a égide do Código de 1916 continuam valendo após a promulgação do Código Civil de 2002, desde que não se mostrem contrários à função social do contrato, e, ainda que parte

---

<sup>149</sup> Ibidem, p. 157.

da doutrina tenha – à época da entrada em vigor do novo diploma – se manifestado pela inconstitucionalidade do supracitado artigo, acabou por prevalecer o que dispõe o Enunciado n. 300 da IV Jornada de Direito Civil:

Art. 2.035. A lei aplicável aos efeitos atuais dos contratos celebrados antes do novo Código Civil será a vigente na época da celebração; todavia, havendo alteração legislativa que evidencie anacronismo da lei revogada o juiz equilibrará as obrigações das partes contratantes, ponderando os interesses traduzidos pelas regras revogada e revogadora, bem como a natureza e finalidade do negócio.

Baseado em tal entendimento, afirma-se que qualquer ato negocial, anterior ou posterior ao atual Código Civil, deve obedecer à norma de ordem pública, posto que não há direito adquirido ou ato jurídico perfeito se contrários à mesma. Ou seja, se o contrato não atender sua função social, deverá ser declarado nulo.

Porém, o atendimento dessa função social, através da garantia de justiça, eficácia e equidade nas relações contratuais não é tarefa simples. Tanto a doutrina quanto a jurisprudência, embora já tenham consolidado a inclusão dos chamados novos princípios contratuais, continuam a buscar a aplicação coerente e moderada destes com os princípios clássicos do contrato, tendo em vista que *princípios são normas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos*.<sup>150</sup>

Neste contexto, o contrato ingressa em um ambiente solidário, que objetiva a harmonização da estrutura liberal tradicional (resultante da conjugação da liberdade contratual com o *pacta sunt servanda*) com a tutela dos princípios fundamentais esculpidos na Constituição, como assinala António Manuel Hespanha:

No domínio dos contratos, de há muito que foi afastada a intangibilidade do princípio *pacta sunt servanda*. Hoje, a proteção das posições subjetivas que decorre do teor das declarações contratuais está sujeita a vários princípios concorrentes “da santidade dos contratos”, como o princípio da boa-fé, do equilíbrio contratual das prestações, da justiça e da moralidade do que foi contratado, da alteração das circunstâncias.<sup>151</sup>

---

<sup>150</sup> CANOTILHO, José Gomes. Direito Constitucional. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p.167.

<sup>151</sup> HESPANHA, António Manuel. A revolução Neoliberal e a subversão do ‘Modelo Jurídico’: Crise, Direito e Argumentação Jurídica. In: A crise no Direito, Revista da FDUNL, nº 6, Almedina, 2013, p. 73.

Dentre os princípios contemporâneos, a função social do contrato é a que desperta as inquietudes da presente tese, no sentido de estar-se diante de uma aplicação inadequada do instituto face às mudanças sociais, políticas e econômicas ocorridas desde sua incorporação no ordenamento jurídico brasileiro e, principalmente, após as alterações legislativas mais recentes.

Recorda-se aqui, o capítulo inicial da presente tese, na parte que trata da origem e evolução da função social do contrato no direito italiano. Destaca-se, nesse aspecto, crítica bastante pontual de Paolo Franceschetti, segundo o qual, *a ideia de que o contrato deve perseguir interesses socialmente úteis não tem entrada no nosso ordenamento jurídico. Foi uma ideia que remonta a Betti, mas que atualmente não pode ser aceita*. O autor exemplifica algumas hipóteses que corroboram tal afirmação e conclui que nem por isso é necessário defender sua revogação, porque, sendo cláusula geral, basta interpretar do modo mais conforme aos tempos atuais.<sup>152</sup>

O que importa é compreender que a aplicação dos princípios e cláusulas gerais exige um cuidadoso exercício hermenêutico, a fim de que se possa determinar seu real sentido e alcance para, então, utilizá-los de modo adequado no caso concreto. No que diz respeito à função social do contrato, ao submetê-la a esse exercício hermenêutico, Pablo Stolze Gagliano alerta:

Parece, portanto, que a função social vem fundamentalmente consagrada na lei, nesses preceitos e em outros, mas não é, nem pode ser entendida como destrutiva da figura do contrato, dado que, então, aquilo que seria um valor, um objetivo de grande significação (função social), destruiria o próprio instituto do contrato.<sup>153</sup>

---

<sup>152</sup> FRANCESCHETTI, Paolo. Causa del contrato. Milano, Altalex, 2016, p. 06 (No original: *L'idea che il contratto debba perseguire interessi socialmente utili non ha ingresso nel nostro ordinamento. Questa era un'idea che risale al Betti, ma attualmente non può essere accolta. In primo luogo se essa fosse vera allora sarebbero nulli tutti i contratti con cui taluno acquista un videogioco, le sigarette, ecc., acquisti che, per essere futili, dovrebbero essere immeritevoli di tutela e quindi nulli. In secondo luogo la teoria va palesemente contro la realtà; perché se io mi impegno ad accudire il canarino dell'amico in cambio di 100 euro, costui non può poi rifiutarsi di pagare adducendo la nullità dell'accordo, né può ripetere la sua prestazione. Tuttavia per rinnegare questa teoria non c'è bisogno, come fa qualcuno, di sostenere l'abrogazione o l'inutilità dell'articolo 1322, perché, essendo una clausola generale, è sufficiente interpretare la norma in modo più conforme ai tempi*).

<sup>153</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo Curso de Direito Civil: Contratos. São Paulo, Saraiva Educação, 2019, p. 94.

A função social do contrato também pode tornar-se impregnada de ideologia, quando em nome dela, o aplicador do direito, segundo sua concepção subjetiva, buscará um motivo para arrancar o contrato de seu equilíbrio natural. E, a justiça contratual será pisoteada, no momento em que a função social ficar a mercê de mecanismos políticos-institucionais.<sup>154</sup>

É pertinente a crítica de Francesco Gazzoni, ao frisar que, dar ao juiz o poder de fazer julgamento sobre o valor dos interesses perseguidos em um contrato, restringe a liberdade individual curvando-a aos interesses públicos. *Das duas uma: ou o contrato é socialmente inútil, mas legal, e então nenhum juiz o declarará nulo; ou o contrato é lesivo, e então será nulo, não porque não tem uma função social, mas por ser ilícito.*<sup>155</sup>

Assim, tem-se que a função social do contrato não pode desconsiderar o seu papel primordial, que é o econômico. Este não pode ser ignorado, a pretexto de cumprir-se uma atividade beneficente, pois ao contrato incumbe uma função social, mas não de assistência social. Por mais que o indivíduo mereça tal assistência, não será no contrato que encontrará remédio para tal carência. O instituto é econômico e tem fins econômicos a realizar, que não podem ser postos de lado pela lei e muito menos pelo seu aplicador. A função social não se apresenta como objetivo do contrato, mas sim, como limite da liberdade dos contratantes em promover a circulação de riquezas.<sup>156</sup>

Recorde-se, ainda, o contido no inciso VIII do art. 3º da Lei da Liberdade Econômica<sup>157</sup> que assegura a toda pessoa natural ou jurídica, direitos que são essenciais também para o desenvolvimento econômico do país, dentre eles, a

---

<sup>154</sup> GOGLIANO, Daisy. A função social do contrato: causa ou motivo. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), Ano 2004, n. 99, p. 193.

<sup>155</sup> GAZZONI, Francesco. Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi. Milano, Key Editore, 2017, p. 52. (No original: *Delle due una: o il contratto è socialmente inutile, ma lecito, e allora nessun giudice lo porrà mai nel nulla; o il contratto è dannoso, ma allora sarà nullo non perché immeritevole di tutela, bensì perché illecito.*)

<sup>156</sup> STJ, 3ª T. REsp 783.404/GO, Relatora Ministra Nancy Andrighi, julg. 28/06/2007, publ. 13/08/2007.

<sup>157</sup> Art. 3º. São direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, observado o disposto no parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal:

VIII - ter a garantia de que os negócios jurídicos empresariais paritários serão objeto de livre estipulação das partes pactuantes, de forma a aplicar todas as regras de direito empresarial apenas de maneira subsidiária ao avençado, exceto normas de ordem pública;

garantia de que os contratos paritários serão objeto de livre estipulação das partes, de forma a aplicar todas as regras de direito empresarial de maneira subsidiária, exceto normas de ordem pública.

Nesta linha de raciocínio, o controle judicial nos contratos paritários é mais restrito do que em outros setores, pois as negociações são entabuladas entre partes em condições de igualdade, observando regras costumeiramente seguidas pela economia. A existência de equilíbrio e liberdade entre as partes, bem como a natureza do contrato e expectativas, são fatores essenciais a serem observados quando se fala de violação da função social do contrato.<sup>158</sup>

Já foi aqui ressaltado que a confirmação da paridade do contrato deve ser submetida à análise do seu conteúdo bem como do ambiente negocial em que se realiza, pautado pela igualdade e primazia da liberdade contratual. Assim, salvo quando comprovada hipossuficiência ou desigualdade de um contratante frente ao outro, as partes devem se submeter aos termos do contrato.<sup>159</sup>

Tem-se, portanto, a necessidade de reposicionamento da função social do contrato, diante da inadequação de sua aplicação às relações simétricas ou paritárias. Isso porque, a ideia de justiça social está intimamente ligada ao equilíbrio e à igualdade das partes, não se verificando eficácia de sua aplicação como fundamento para a intervenção judicial quando se está diante de uma relação entre partes iguais, o que reforça a ideia de que os contratos paritários devem, por excelência, ser o espaço de maior exercício da liberdade contratual, e cujas limitações – existentes, mas pontuais – não se justificam na função social do contrato.

Ao longo dos anos, a função social do contrato tem sido empregada pela jurisprudência para corroborar a adoção de soluções que podem ser construídas com arrimo na boa-fé objetiva, o que reforça a afirmação da presente tese, no sentido de que a função social do contrato, por si só, não se presta a um resultado efetivo,

---

<sup>158</sup> STJ, 3ª. T, REsp n. 1.799.039/SP, Relator Ministro Moura Ribeiro, Relatora para acórdão Ministra Nancy Andrighi, julg. 04/10/2022, publ. 07/10/2022.

<sup>159</sup> Tal entendimento tem sido aplicado no âmbito do STJ. A pesquisa jurisprudencial encontrou vários julgados, dentre os quais destacam-se: REsp n. 1.518.604, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino; REsp n. 1.830.304, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino; REsp n. 936.741, Relator Ministro Antonio Carlos Ferreira; REsp n. 1.112.796, Relator Ministro convidado Honildo Amaral de Mello; REsp n. 972.436, Relatora Ministra Nancy Andrighi.

exercendo – na maioria das vezes – um papel secundário, meramente complementar a outros princípios, em especial, a boa-fé objetiva.

A nova redação atribuída ao art. 421 do Código Civil pela Lei da Liberdade Econômica representa essa busca de reposicionamento da função social do contrato, visto que o texto anterior continha um equívoco no sentido de que a função social era a própria razão do contrato.<sup>160</sup>

Ainda assim, persiste uma propensão de caracterizá-la como limite da liberdade contratual, o que se mostra equivocada se considerado seu potencial não somente como elemento de maximização do bem-estar social, mas, também, de promoção do desenvolvimento econômico, cujos conceitos estão intimamente interligados.<sup>161</sup>

O cenário está a se reconstruir, para que o social e o individual passem a se respeitar e caminhar lado a lado, como propõe Nelson Rosenvald:

(...) proteger o indivíduo não é uma pauta egoística, muito menos uma manobra que enfraquece os movimentos de tutela das minorias. Pelo contrário, quando destacamos a necessidade de respeito ao indivíduo, damos a este uma voz própria, deixamos que ele fale por si mesmo e escolha, inclusive, falar junto ao grupo social. Autonomia, emancipação, são necessidades do mundo atual que é, cada dia, mais rápido, conectado e fluido, legando ao sujeito a experiência de, ou se perder na multidão, ou erguer sua voz, clamar por respeito aos seus interesses. Em que pese a solidariedade, que é uma premência, deve-se observar que não haverá partilha se a pessoa se vir desestimulada a produzir; não haverá contrato, se as partes não puderem ver respeitadas suas legítimas intenções; não haverá circulação, se riquezas não existirem para se movimentar.<sup>162</sup>

---

<sup>160</sup> Quando a lei determina que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”, a expressão “em razão” serve a opor justamente autonomia privada à utilidade social. Assim, a liberdade de contratar não se dará, pois, em razão da vontade privada, como ocorria anteriormente, mas em razão da função social que o negócio está destinado a cumprir. Do mesmo modo, os limites da liberdade de contratar não mais estão, como já se tratou de explicar,<sup>96</sup> na autonomia dos privados, mas são estabelecidos pelo ordenamento, estando a lei encarregada de prescrever, ou recepcionar, justamente a função social dos institutos jurídicos. (BODIN DE MORAES, Maria Celina. A causa do contrato. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 2, n. 4, out.-dez./2013).

<sup>161</sup> Tal argumento, desenvolvido no decorrer da presente, defende que a garantia de as partes disporem livremente sobre os termos e condições que regem a relação contratual deve ser vista como elemento que amplia as oportunidades de negócios, contribuindo para o desenvolvimento econômico. A conjugação da liberdade contratual com a utilidade social induz à reflexão sobre como e em que medida a primeira adquire relevância dentro da segunda: a liberdade contratual está diretamente ligada ao desenvolvimento econômico, que está diretamente ligado ao bem-estar social.

<sup>162</sup> Rosenvald, Nelson. *Revista de Direito de Viçosa* (ISSN 2527-0389) Vol.12 n.02, 2020.

Se, de um lado, a essência da função social reside na ideia de que os contratos não são meros instrumentos de satisfação de interesses privados, devendo também contribuir para o bem-estar social, por outro lado, a imposição dessa funcionalização pode levar a ineficiências econômicas. Quando a promoção do interesse social afeta a viabilidade dos contratos, o resultado é a diminuição da atividade econômica, e, sem atividade econômica, todo o desenvolvimento<sup>163</sup> – no seu mais amplo e substancial significado – resta comprometido.

Por tal razão, o reposicionamento da função social do contrato se mostra necessário e perfeitamente adequado ao momento que vive o Brasil: no dia 24 de agosto deste ano (2023) foi aprovada a criação da comissão de juristas que vai propor a atualização do Código Civil Brasileiro<sup>164</sup>.

Prestes a completar duas décadas de vigência, o Código Civil precisa passar por uma reforma para adaptá-lo segundo a realidade do país e das relações jurídicas, inclusive no âmbito dos contratos.

Assim, o momento é ideal para reconhecer que a função social do contrato não encontra espaço para aplicação no âmbito dos contratos paritários – conforme defendido na presente tese – de modo que, as partes que agiram em condições de igualdade devem se submeter aos termos do contrato celebrado, protegidas de uma eventual intervenção judicial baseada na função social do contrato, que acaba por impor um conteúdo para além da vontade das partes e desvirtuar o nobre propósito para o qual foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro.

---

<sup>163</sup> O desenvolvimento – aqui compreendido a partir das lições de Amartya Sen – é um conceito amplo e multidimensional, centrado nas pessoas e suas liberdades (não apenas políticas e civis, mas também econômicas e sociais) que representa um processo inclusivo, de expansão das capacidades e liberdades das pessoas para que possam viver uma vida com mais oportunidades e motivação para realizar suas aspirações. (SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*. São Paulo, Companhia das Letras, 2010, p. 65-67).

<sup>164</sup> O presidente do Senado, Rodrigo Pacheco, assinou na quinta-feira, 24 de agosto de 2023, o ato de criação da comissão de juristas que vai propor a atualização do Código Civil (Lei 10.406, de 2002). A comissão será presidida pelo ministro Luís Felipe Salomão, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), e terá 34 membros, incluindo o presidente, um vice-presidente e dois relatores (Agência Senado, disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2023/08/24/comissao-de-juristas-vai-atualizar-codigo-civil-para-revolucao-digital>. Acesso em 24 de agosto de 2023).

### 3.30 FUTURO DAS RELAÇÕES CONTRATUAIS PARITÁRIAS: HÁ LUGAR PARA A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO?

A Lei de Liberdade Econômica, ao dispor expressamente sobre a excepcionalidade da intervenção estatal e a adoção de parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas nessa modalidade contratual, trouxe, novamente, os holofotes da doutrina e da jurisprudência para essa modalidade contratual.

Acrescente-se a isso, a evolução tecnológica que também tem influenciado (e influenciará cada vez mais) o tratamento jurídico dos contratos paritários. Com o uso crescente de tecnologias como contratos inteligentes baseados em *blockchain* e inteligência artificial<sup>165</sup>, espera-se que a elaboração, execução e monitoramento dos contratos se tornem mais eficientes e transparentes, propiciando um ambiente negocial de maior confiança, contribuindo para a previsibilidade e a redução de conflitos entre os contratantes.

O que essencialmente caracteriza um contrato paritário é a igualdade e a plena liberdade das partes na regulação de seus interesses. Mas, ainda que resulte de uma negociação livre e igualitária entre sujeitos de igual força contratual, existe uma série de constrangimentos e limites jurídico-formais que muitas vezes acabam por distanciar o texto contratual da vontade das partes, submetendo-a a um processo de “purificação”, por assim dizer, compatibilizada com os princípios e diretrizes impostos pelo ordenamento jurídico.

Por muito tempo, a função social do contrato foi considerada como o instrumento pelo qual se alcança o controle da liberdade contratual, em harmonia com a orientação que a concebia como uma função abstrata do contrato. Hoje é considerada como instrumento que atribui validade à relação jurídica a partir da avaliação dos interesses que constituem a base da operação negocial.

Todavia, a possibilidade de o Estado intervir também na vida econômica dos particulares, de forma a garantir a igualdade em sentido substancial e não

---

<sup>165</sup> Sobre o tema, merece referência o texto de Marcos Ehrhardt Jr., intitulado “É possível identificar um regime jurídico aplicável aos ‘smart contracts’?” no editorial da Revista Fórum de Direito Civil – RFDC, Belo Horizonte, ano 12, n. 32, p. 7-11, jan./abr 2023.

meramente formal – como determina a norma constitucional – aliada à concepção segundo a qual o exercício da liberdade contratual deve ser ajustado aos interesses “socialmente aceitáveis”, tem levado a uma desmotivação das dinâmicas negociais.

Numa concepção de equilíbrio contratual e autonomia plena, pressupondo a paridade das partes, o contrato é um facilitador da circulação de titularidades de valores e de modos de governo conjunto de problemas atinentes ao conhecimento, ao poder e aos interesses. Muitas hesitações em torno da indagação de justiça substantiva no seio de cada relação contratual prendem-se com a insegurança sob a hipótese de se admitir a revisão dos termos contratuais a cada oscilação das circunstâncias.<sup>166</sup>

A necessidade de proteger as categorias contratualmente mais fracas levou a uma série de intervenções legislativas que aumentaram o poder do juiz de afetar a esfera de autonomia das partes – o que não é apenas válido, mas imprescindível numa sociedade que sofre com as mazelas das mais diversas vulnerabilidades sociais e econômicas.

Porém, o mesmo não se aplica às relações contratuais paritárias, espaço em que a liberdade contratual deve ser exercida com máxima amplitude, limitada somente nos casos específicos em que se constata abuso de direito, violação à boa-fé, onerosidade excessiva ou afronta direta a algum direito fundamental. Nessa linha, não se revelando relação jurídica norteadada pela hipossuficiência e/ou permeada pela desigualdade de um dos contratantes frente ao outro, mas, em se tratando de contrato regido pela característica da paridade ou simetria, convém que as partes se submetam aos termos do contrato celebrado.<sup>167</sup>

Na premissa do que foi apresentado, importa reiterar a importância da boa-fé como fundamento nuclear das relações contratuais paritárias. Essa boa-fé que se posiciona fortemente como diretriz nuclear, que permite enquadrar as situações que se revelam abusivas, se ajustando a uma visão do direito em conformidade com a que

---

<sup>166</sup> ARAÚJO, Fernando. Teoria económica do contrato. Coimbra, Almedina, 2007, p. 329.

<sup>167</sup> STJ, 4ª. T, AgRg no REsp 1.518.605, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, julg. 07/04/2016, publ. 12/04/2016.

subjaz ao Estado de Direito Social e preocupado por corrigir desequilíbrios e injustiças, para lá das meras justificações formais.<sup>168</sup>

Isso posto, definitivamente, a função social do contrato não é o instrumento adequado para corrigir as falhas existentes, pois, ainda que imprescindível a regulação do mercado, sugerir que essa regulação possa se justificar a partir de interesses outros, que não aqueles expressamente manifestados pelas partes que agiram em condições de igualdade, cientes e satisfeitas quanto aos termos contratados, não corresponde à racionalidade e coerência que devem orientar o sistema jurídico.

A intervenção nas relações contratuais paritárias, deve, em primeiro lugar, ocorrer em caráter excepcional – em atenção à expressa disposição da lei; em segundo lugar, o juiz deve estar adstrito à lógica do contrato e ao seu objetivo econômico, de modo que a situação concreta seja corrigida com base em fundamentos que se conectam à realidade.

Assim, se o objetivo for a correção de uma situação ilícita ou desproporcional, ou seja, de modo a evitar o exercício iníquo de um direito, é esperado que o juiz se utilize de parâmetros que dialogam com a natureza e a finalidade do contrato, diretamente interligado ao caso concreto, fundamentando sua decisão de forma adequada e eficaz e sempre a valorizar a boa-fé – esta comprovadamente posicionada como o mais adequado critério de interpretação do contrato e como a mais eficaz ferramenta de controle do programa contratual e do equilíbrio econômico.

---

<sup>168</sup> PINTO, Carlos Alberto da Mota. Teoria Geral do Direito Civil. Coimbra, 2005, p. 124.

## CONCLUSÃO

Na imensidão de temas instigantes do direito contratual contemporâneo, a função social do contrato é dos mais delicados, seja porque a doutrina brasileira está longe de um consenso sobre ela, seja porque a jurisprudência a tem aplicado de forma desmedida e desconexa de alguma técnica, o que acaba por esvaziar seu conteúdo, usando-a como retórica a justificar alguma discricionariedade, e, mais comumente, colocando-a ao lado da boa-fé objetiva sem qualquer contextualização, ou seja, a função social do contrato deixa de ser um fundamento autônomo para se tornar um mero adorno da boa-fé objetiva.

Diante de tal constatação, despertam-se várias indagações (dentre as quais, a própria definição do conceito de função social do contrato) e o ponto nevrálgico da presente tese: a eficácia de sua aplicação nos contratos paritários.

A noção ampla de função social do contrato como instrumento que atua no sentido de promover um equilíbrio entre a autonomia privada e o interesse público, para que aqueles que contratam atendam a um interesse social digno de proteção, ao mesmo tempo que sujeita o contrato a um controle quanto ao cumprimento desse interesse público, cria um conteúdo jurídico para além da vontade das partes.

Com a valorização de aspectos sociais, econômicos e éticos no debate jurídico, o direito contratual sofreu profundas transformações que trouxeram resultados positivos inegáveis, mas, também acabaram por gerar uma insegurança diante de conceitos e princípios que foram sendo relativizados para se assegurar o cumprimento da função social.

O resultado foi a diluição paulatina do seu sentido e propósito, uma invocação descomprometida e descontextualizada, que carece de critérios para aplicação nas relações contratuais realmente merecedoras de tutela, em conformidade com os valores fundamentais do ordenamento jurídico.

Partindo da premissa de que, quanto maior o Estado, menor é a margem de liberdade para o indivíduo exercer a sua atividade econômica, é imperioso clarificar o campo de aplicação da função social do contrato, isso porque, no âmbito dos contratos paritários é que a liberdade contratual encontra seu mais amplo espaço,

devendo o Estado, nesse âmbito, exercer seu papel regulatório – e não intervencionista – o que significa dizer que a função social não é a mesma quando se está diante de relações simétricas ou de relações assimétricas.

Isso porque, a função social do contrato age com muito mais força nas relações assimétricas, pois, ao proteger as diversas vulnerabilidades envolvidas no contrato (a exemplo das relações de consumo, de locação e dos demais contratos tidos como existenciais) está-se a promover a igualdade e a justiça social; o que, todavia, não ocorre diante de relações simétricas ou paritárias, em que a função social revela dois problemas:

1) como fundamento a justificar a intervenção judicial, a função social do contrato não se presta a um resultado efetivo, exercendo um papel secundário, meramente complementar a outros princípios (em especial, a boa-fé);

2) sua imposição é inadequada nas relações contratuais em que as partes atuam em condições de igualdade, pois, além de não promover a justiça social, acaba por afetar a viabilidade dessas negociações, desestimulando a atividade econômica, e, por consequência, todo o desenvolvimento, inclusive o social.

Importa reconhecer que no recôndito das páginas que construíram o Estado Social e inspiraram o ordenamento jurídico brasileiro a buscar o equilíbrio entre a liberdade econômica e a proteção dos direitos fundamentais, a função social do contrato ocupou (e ainda ocupa) lugar de destaque, integrando um sistema que objetiva a igualdade e a justiça social, cuja tarefa perpassa, também, pela intervenção do Estado na atividade econômica entre particulares, atuando como instrumento de prevenção de abusos, de proteção de vulnerabilidades e de promoção do equilíbrio econômico.

Mas, para preservar essa essência da função social do contrato, é imperativo direcionar a sua aplicação de forma adequada, coerente e eficiente.

Isso posto, a conclusão é de que a função social do contrato não existe como estrutura do contrato, mas, reside na dinâmica dos sujeitos que o operam, fazendo-se necessário, portanto, um recorte no art. 421 do Código Civil para delinear essa distinção e estabelecer a sua inerente e autêntica qualidade funcional, especificando, no texto do referido artigo, que sua aplicação não se destina aos

contratos paritários (assim reconhecidos dentro das definições discutidas na presente tese), evitando, desta forma, uma judicialização excessiva e indevida baseada numa noção equivocada de função social do contrato, proporcionando maior segurança jurídica e um ambiente mais favorável ao amplo desenvolvimento econômico e social do país.

## REFERÊNCIAS

ALPA, Guido. **Contratto 2. Nuove fonti**. Enciclopedia Diritto on line. Disponível em: [https://www.treccani.it/enciclopedia/contratto-2-nuove-fonti\\_%28Diritto-on-line%29/](https://www.treccani.it/enciclopedia/contratto-2-nuove-fonti_%28Diritto-on-line%29/).

\_\_\_\_\_. **Diritti, libertà fondamentali e disciplina del contratto**. Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche, n. 8, Roma, Jovene Editore, 2017.

\_\_\_\_\_. **Le stagioni del contratto**, Bologna, Il Mulino, 2012.

AMADIO, Giuseppe. **Il terzo contratto: Il problema**. Il Mulino, 2008.

AMATO, Giuliano. **Il potere e l'antitrust. Il dilemma della democrazia liberale nella storia del mercato**. Bologna, Il Mulino, 1998.

ARAÚJO, Fernando. **Teoria económica do contrato**. Coimbra, Almedina, 2007.

ARNT RAMOS, A. L. **Responsabilidade por Danos e Segurança Jurídica: Legislação e Jurisdição nos Contextos Alemão e Brasileiro**. Curitiba, Juruá, 2018.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de Azevedo. **Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998.

\_\_\_\_\_. **Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana**. Revista Trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro: Padma, nº 9, jan./mar. 2002.

\_\_\_\_\_. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. São Paulo, Editora Saraiva, 2002.

BARCELLONA, Pietro. **Libertà contrattuale**. Enciclopedia del diritto, Tomo XXIV, Milano, Giuffrè, 1974.

BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte, Fórum, 2018.

BETTI, Emilio. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici - teoria generale e dogmatica*. Milano, Giuffrè, 1971.

\_\_\_\_\_. **Le categorie civilistiche dell'interpretazione**. Rivista italiana per le scienze giuridiche. Roma, 1948, p. 34-93.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Danos à pessoa humana. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro, Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. In: **Princípios do Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro, Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. **A causa do contrato**. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 2, n. 4, out/dez-2013.

BOVERO, Michelangelo. Quale libertà. **Dizionario minimo contro i falsi liberali**, Roma, Laterza, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (Constituição Federal). Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1988.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002** (Código Civil). Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 2002.

BRASIL. **Lei n. 13.874 de 20 de setembro de 2019** (Lei da Liberdade Econômica). Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 2019.

CANOTILHO, José Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra, Livraria Almedina, 1993.

CHIODI, Giovanni. La funzione sociale del contrato: riflessioni di uno storico del diritto. in F. Macario, M. Miletta (a cura di), **La funzione sociale del diritto privato tra XX e XXI secolo**. Roma, Tre Press, 2017.

COMPARATO, Fábio Konder. **Capitalismo: civilização e poder**. Estudos Avançados [online]. 2011, v. 25, n. 72. [ISSN 1806-9592], pp. 251-276. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0103-40142011000200020>>.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **As Quatro Fundações Do Direito Civil: Ensaio Preliminar**. Revista da Faculdade de Direito UFPR, v. 45, 2006.

D'AMICO, Giovanni. **Problemi (e limiti) dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato**. Giustizia Civile, n. 3, 2016. Disponível: <https://giustiziacivile.com/giustizia-civile-riv-trim/problemi-e-limiti-dellapplicazione-diretta-dei-principi-costituzionali-nei>.

DUQUE, Bruna Lyra. **Causa do Contrato: entre direitos e deveres**. Belo Horizonte, Editora Conhecimento, 2018.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro, Renovar, 2015.

\_\_\_\_\_. **O novo conceito de ato e negócio jurídico**. Curitiba, Educa e Scientia et Labor, 1988.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil – Vol.2 – Obrigações**. São Paulo. Atlas, 2015.

FORGIONI, Paula A. **Contratos Empresariais**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil: Contratos**. São Paulo, Saraiva Educação, 2019.

GALGANO, Francesco. **Tratatto di Diritto Civile**, vol. I. Padova, CEDAM, 2009.

GAZZONI, Francesco. **Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi**. Milano, Key Editore, 2017.

GOGLIANO, Daisy. **A função social do contrato: causa ou motivo**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), Ano 2004.

GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro**. São Paulo, Martins Fontes, 2006.

HESPANHA, António Manuel. **A cultura jurídica europeia: síntese de um milénio**. Coimbra, Almedina, 2012.

\_\_\_\_\_. A revolução neoliberal e a subversão do 'Modelo Jurídico': Crise, Direito e argumentação jurídica. In: **A crise no Direito**. Revista da FDUNL, nº 6, Almedina, 2013.

IRTI, Natalino. **L'ordine giuridico del mercato**, Roma, Laterza, 2004.

\_\_\_\_\_. **Nichilismo giuridico**, Roma, Laterza, 2004.

KONDER, Carlos Nelson. **Para além da “principalização” da função social do contrato**. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, Belo Horizonte, vol. 13, Jul-Set/2017.

LÔBO, Paulo. **Constitucionalização do direito civil**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, n. 141. p. 99-109, jan./mar. 1999.

\_\_\_\_\_. Princípios contratuais, In: **A teoria do contrato e o Novo Código Civil**. Recife, Nossa Livraria, 2003.

MACHADO, Diego Carvalho. **Do sujeito de direito à pessoa humana: reflexões sobre subjetividade jurídica, teoria do direito civil e tutela da pessoa**. Revista Jurídica Luso-Brasileira – RJLB n. 4, Lisboa, 2016.

MARQUES, Cláudia Lima. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2017.

\_\_\_\_\_. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2017.

MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do Novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo, Saraiva, 2012.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado**. São Paulo, Editora Saraiva, 2018.

\_\_\_\_\_. **Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos**. Revista Direito GV, v. 1, São Paulo, Fundação Getulio Vargas, 2005.

MAZZAMUTO, Salvatore. **Libertà contrattuale e utilità sociale**. Riv. Europa e Diritto Privato, n. 2, Giuffrè, 2011.

MAZZEI, Rodrigo. **O princípio da relatividade dos efeitos contratuais e suas mitigações**. Argumentum - Revista de Direito n. 8, 2008.

MEIRELES, Rose Melo Venceslau. **Autonomia Privada e Dignidade Humana**. Rio de Janeiro, Renovar, 2009.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; ROSENVALD, Nelson; DENSA, Roberta (coords). **Coronavírus e responsabilidade civil: impactos contratuais e extracontratuais**. São Paulo, Editora Foco, 2021.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Contratos de adesão: uma manifestação jurídica da moderna vida econômica**. Separata da Revista de Direito e Estudos Sociais. Coimbra, 1973.

\_\_\_\_\_. **Teoria geral do direito civil**. 4ª ed. Atualizada por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra, Editora Coimbra, 2005.

NALIN, Paulo. VENZAZZI, Karen. COPI, Lygia Maria. Introdução sobre a metodologia civil constitucional e sua pós-constitucionalização. In: NALIN, Paulo. COPI, Lygia Maria. PAVAN, Vitor Ottoboni (orgs). **Pós-constitucionalização do direito civil: novas perspectivas do direito civil na constituição prospectiva**. Londrina: Thoth, 2021.

NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno - em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional**. Juruá, Curitiba. 2008.

\_\_\_\_\_. **Em tempos de crise, mediar é preciso e arbitrar mais ainda**. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/coluna/migalhas-contratuais/324396/emtempos-de-crise--mediar-e-preciso-e-arbitrar-mais-ainda>.

\_\_\_\_\_. **Interpretação, integração e reequilíbrio dos contratos em tempos de pandemia: análise das alterações promovidas pela Lei nº 13.874/2019 à luz da legalidade constitucional**. Revista Brasileira de Direito Civil – RBD Civil, Belo Horizonte, v. 25, p. 329-352, jul/set 2020).

\_\_\_\_\_. **O contrato em movimento no Direito pós-moderno**. Revista Trimestral de Direito Civil, n. 10, abr/jun. 2002.

NAVARRETTA, Emanuela. **Il contratto (in generale)**. Il Diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 Ore, Milano, 2007.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. Rio de Janeiro, Renovar, 2006.

NERY JÚNIOR, Nelson. Contratos no Novo Código Civil: apontamentos gerais. In: FRANCIULLI NETTO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra (coords). **O novo Código Civil: estudos em homenagem ao Prof. Miguel Reale**. São Paulo, LTr, 2003.

NOCERA, Ivan L. **Buona fede e art. 41 Cost.: alla ricerca di un diritto contrattuale “giusto”**. IANUS n. 5 – 2011.

PARETO, Vilfredo. **Manuale di Economia Politica**. Roma, Bizzarri Editore, 1965.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil. Vol. III – Contratos**. Rio de Janeiro, Forense, 2013.

PERES, Fabio Henrique. **Cláusulas Contratuais Excludentes e Limitativas do Dever de Indenizar**. São Paulo, Quartier Latin, 2009.

PERLINGIERI, Pietro. **Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti**, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020.

\_\_\_\_\_. **Norme costituzionali e rapporti di diritto civile**, Rivista Rassegna di Diritto Civile, n. 1, 1980, p. 107.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra, Almedina, 1982.

PROSPERI, Francesco. Etica, diritto e mercato globale. In: **Mercato ed ética**. Napoli, ESI, 2009.

RESCIGNO, Pietro. I contratti in generale. In: **Trattato dei Contratti**. Torino, UTET, 2006.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Contratos empresariais**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords). São Paulo, Pontifícia Universidade Católica, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/252/edicao-1/contratos-empresariais>.

RIDOLA, Paolo. **Il principio libertà nello Stato costituzionale: i diritti fondamentali in prospettiva storico**. Torino, Giappichelli, 2018.

RODOTÀ, Stefano. **Dal soggetto alla persona**. Napoli, Editoriale Scientifica, 2007.

\_\_\_\_\_. **Il tempo delle clausole generali**. Rivista Critica del Diritto Privato, 1987.

\_\_\_\_\_. **Le fonti di integrazione del contratto**. Milano, Giuffrè, 1969.

\_\_\_\_\_. **Repertorio di fine secolo**, Roma-Bari, Laterza, 1992.

ROPPO, Vincenzo. **Il Contratto**. Milano, Giuffrè, 2011.

\_\_\_\_\_. **Il Contratto del duemila**. Editore G. Giachiapelli, 2020.

ROSELLI, Federico. **Il controllo della cassazione civile sull'uso delle clausole generali**. Napoli, Jovene Editore, 1983.

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade Humana e Boa-Fé**. São Paulo, Saraiva, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e direitos fundamentais: na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. **A Normatividade da Constituição e a Constitucionalização do Direito Privado**. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, p. 272-297, 2003.

SCHREIBER, Anderson. **Manual de direito civil contemporâneo**. São Paulo, Saraiva Educação, 2018.

\_\_\_\_\_. **Princípios constitucionais versus liberdade econômica: a falta encruzilhada do direito contratual brasileiro**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/332664/principios-constitucionais-versus-liberdade-economica--a-falsa-encruzilhada-do-direito-contratual-brasileiro>.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo, Companhia das Letras, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. São Paulo, Malheiros, 2000.

TARTUCE, Flávio; BUNAZAR, Maurício. **Lei da Liberdade Econômica e os Contratos Agrários**. Revista Jurídica Luso Brasileira, n. 4, Ano 7 (2021), p. 627-654. Disponível em: [https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2021/4/2021\\_04\\_0627\\_0654.pdf](https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2021/4/2021_04_0627_0654.pdf).

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil - teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. São Paulo, Método, 2020.

\_\_\_\_\_. **Função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao novo Código Civil**. São Paulo, Método, 2018.

TEPEDINO, Gustavo. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro, Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. **Normas Constitucionais de Direito Civil**. Revista da Faculdade de Direito de Campos, ano V, n. 5, 2004.

\_\_\_\_\_. **Novos princípios contratuais e teoria da confiança: exegese da cláusula to the best knowledge of the sellers**. São Paulo, Revista Forense, v. 377, 2005.

TIMM, Luciano B. **Direito e economia no Brasil**. São Paulo, Editora Atlas, 2012.

VASSALLI, Filippo. **Motivi e caratteri della codificazione civile**. Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche, Roma, Jovene Editore, 1947.

VELLUZZI, Vito. **Le clausole generali: semântica e política del diritto**. Milano, Giuffrè, 2010.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Si può amare la nostra Costituzione?** In: La Repubblica. Disponível: [https://www.repubblica.it/politica/2012/12/22/news/amare\\_constituzione-49258800/](https://www.repubblica.it/politica/2012/12/22/news/amare_constituzione-49258800/).

ZANETTI, Cristiano de Souza. **A função social do contrato no Superior Tribunal de Justiça: 10 anos depois**. Revista Severa Verum Gaudium. Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 4-29, Jun/2019.