

# RELAÇÕES CONTRATUAIS E A FUNCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

Gustavo Tepedino<sup>1,2</sup>

## RESUMO

A alteração da noção de autonomia repercute profundamente na teoria dos contratos. Na medida em que o espectro e os limites (das categorias e institutos jurídicos, e especialmente) da autonomia atribuída aos particulares não são mais uniformes e abstratos (vontade individual submetida unicamente ao limite negativo da ilicitude), mas dependem dos valores que lhes servem de fundamento (para promoção de interesses socialmente relevantes), verifica-se a funcionalização dos institutos de Direito Civil, notadamente do contrato. Nessa direção, entra em cena o debate acerca do conteúdo e do papel da função social do contrato, no ordenamento jurídico brasileiro, a garantir a adequada incidência normativa a cada arranjo negocial concebido pelas partes, além de ampliar o controle social sobre a atividade econômica, merecedora de proteção na medida em que concretize simultaneamente os interesses patrimoniais de seus titulares e os de toda a coletividade, ou seja, interesses extracontratuais socialmente relevantes. A tais relevantes questões se dedica o presente ensaio.

---

<sup>1</sup>Professor titular de Direito Civil e ex-diretor da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Membro titular da Academia Internacional de Direito Comparado e da Academia Brasileira de Letras Jurídicas (ABLJ). E-mail: gt@tepedino.adv.br.

<sup>2</sup>O autor agradece vivamente à prof<sup>a</sup>. Danielle Tavares Peçanha, mestra em Direito Civil pela Faculdade de Direito da UERJ, pela pesquisa bibliográfica, interlocução na preparação do trabalho e revisão dos originais.

**Palavras-chave:** Autonomia privada. Função social. Contrato. Liberdade. Solidariedade.

## **1 INTRODUÇÃO: a dogmática do Direito Civil — da estrutura à função**

Todo negócio jurídico é composto por uma estrutura e uma função. A identificação da função que se pretende alcançar e sua compatibilidade com os valores constitucionais precedem e definem a estrutura a ser utilizada. Não será, pois, a estrutura do negócio, ou seja, o *modus operandi* (os dispositivos do *Código Civil* previstos para determinada tipologia ou modelo), que definirá a função a ser desempenhada, mas, ao contrário, é a função que se pretende desempenhar que indicará a estrutura a ser utilizada diante de determinado arranjo negocial (PERLINGIERI, 1997, p. 60). Tal perspectiva funcional é informada pela tábua axiológica do ordenamento e se associa à utilidade social das relações jurídicas, de modo a justificar a promoção dos interesses socialmente relevantes dos respectivos titulares de direitos. Daqui decorrem diversas consequências para a teoria do direito, em particular, a reformulação das categorias jurídicas em perspectiva funcional (ou dinâmica), que necessariamente requer a sua contextualização histórica e a compreensão da relatividade dos conceitos jurídicos, de acordo com as circunstâncias fáticas – e históricas – em que se inserem.

A análise dos institutos e categorias jurídicas, em perspectiva histórica, funcional e relativizada, estabelece, assim, renovadas bases teóricas que, abandonando o dogmatismo estático do passado, impõem a reconstrução de todo o arcabouço teórico do

Direito privado. Adota-se como dogmática, vale advertir, concepção teórica essencialmente dinâmica, que não se confunde com o dogmatismo, do qual se deve afastar (TEPEDINO, 2021).

Norberto Bobbio (2007), de modo pioneiro, entrevistou e estabeleceu bases teóricas para o que consagraria como “função promocional do direito”, o que, em certa medida, redimensiona o debate em torno da função social do contrato ou da propriedade, já que todos os negócios e atividades, analisados em concreto e incidentes sobre bens jurídicos, devem ser compreendidos como projeção de liberdade e responsabilidade. Dessa maneira, autonomia privada e solidariedade convergem e interagem na promoção dos valores que, apreendidos pelo constituinte, definem a identidade cultural da sociedade. Liberdade e solidariedade, portanto, caminham de modo integrado, como binômio inseparável.

Por outro lado, a repercussão da perspectiva funcional mostra-se particularmente intensa na teoria dos bens e dos negócios jurídicos.<sup>3</sup> Nessa direção, o aproveitamento racional e funcional dos bens exige esforço especial do intérprete diante do surgimento de novas funções desempenhadas pelos negócios, por conta do desenvolvimento das tecnologias,<sup>4</sup> suscitando instigantes

<sup>3</sup> O Supremo Tribunal Federal examinou, por exemplo, no ano de 2017, a temática em torno do livro eletrônico, com o escopo de determinar se a imunidade tributária, tradicionalmente incidente sobre livros impressos, deveria ser aplicada também aos bens jurídicos em análise. O STF excluía até então a imunidade de uma série de acessórios que não eram exatamente previstos na Constituição como sujeitos a imunidade, como os equipamentos acessórios às publicações e a impressora. A interpretação restritiva da imunidade condiz com sua índole de excepcionalidade. No julgamento em referência, contudo, o STF decidiu, por unanimidade, que o que caracteriza o livro é o seu conteúdo, não seu invólucro, e, portanto, o livro eletrônico, independentemente da base física na qual se insere, deveria ser abarcado pela imunidade tributária constitucional. (BRASIL, 2017).

<sup>4</sup> Como anotado em outra sede: “Com a evolução científica e tecnológica, novas coisas passam a ser incluídas no mundo jurídico, em número impressionante, tornando-se objetos de situações subjetivas: o *software*, o *know-how*, a informação veiculada pela mídia, os papéis e valores de mercado mobiliário, os elementos utilizados na fertilização assistida, os recursos do meio ambiente, incluindo o ar, mais e mais protegido como in-

controvérsias nos tribunais brasileiros.<sup>5</sup> Ao analisar a repercussão de tal construção na metodologia do Direito, observou-se, argutamente, que “a atividade interpretativa necessariamente envolve valores – e, portanto, é necessário revelá-los –”, tornando-se, por isso mesmo, indispensável “priorizar, na análise de um instituto, seu perfil funcional, seus efeitos, passando, assim, do *como ele é* para o *para que ele serve*” (KONDER, 2010, p. 33-75). Tal perspectiva funcional, se por um lado impõe a identificação e qualificação dos negócios jurídicos, a partir de sua função prático-social,<sup>6</sup> por outro lado, subordina-se à promoção da utilidade social da atividade econômica e da autonomia privada.<sup>7</sup>

---

teresse difuso, dentre outros. A cada dia surgem novos bens jurídicos, ganhando significativa importância a distinção entre bens materiais, formados por coisas corpóreas, e os bens imateriais, constituídos por coisas incorpóreas que passam a integrar, quotidianamente, o patrimônio das pessoas” (TEPEDINO, 2006, p. 135-146).

<sup>5</sup> Conforme observado anteriormente, ainda quanto ao livro eletrônico: “Por desempenhar a mesma finalidade e função, o livro eletrônico é modalidade contemporânea de livro, a atrair as mesmas normas que disciplinam o livro impresso, do qual somente se distingue pelo modo de consulta e de acesso ao seu conteúdo. Nesta perspectiva, o conceito de livro não pressupõe o papel, podendo apresentar diversas formas de exteriorização, desde que se preservem a sua finalidade e função.” (TEPEDINO, 2015, p. 269-287).

<sup>6</sup> A designação de causa ou função prático-social, ou ainda função prático-individual, é utilizada pela doutrina para designar a causa *in concreto*, ou seja, no específico negócio que se pretende qualificar, e não somente a função do tipo negocial em abstrato, conforme previsto pelo legislador. Ao propósito, como leciona Pietro Perlingieri, “a função é a síntese causal do fato, a sua profunda e complexa razão justificadora: ela refere-se não somente à vontade dos sujeitos que o realizam, mas ao fato em si, enquanto social e juridicamente relevante. A razão justificadora é ao mesmo tempo normativa, econômica, social, política e por vezes também psicológica (assim é, por exemplo, em muitos atos familiares com conteúdo não patrimonial). É necessária uma avaliação circunstanciada e global do fato. Avaliação e qualificação são uma coisa só, porque o *fato se qualifica com base na função prático-social que realiza.*” (PERLINGIERI, 2002, p. 96, grifo nosso).

<sup>7</sup> Como destacado pela doutrina italiana, o negócio é tutelado por atender não somente o interesse do titular, mas também por atender o interesse da coletividade (PERLINGIERI, 2002, p. 106-107). Para o autor: “*ogni fatto è giuridicamente rilevante, ma la sua attitudine ad incidere sulla realtà dipende dalla valutazione che di esso esprime il sistema normativo*” (PERLINGIERI, 1997, p. 429). Em tradução livre: “qualquer fato é juridicamente relevante, mas a sua aptidão para incidir na realidade depende da valoração que lhe imprime o sistema normativo”.

Trata-se de expressão do princípio da solidariedade social, que se traduz, entre suas mais relevantes manifestações, na concepção de função social dos contratos e da propriedade.<sup>8</sup> Particularmente no âmbito dos contratos, avulta a necessidade de identificar a função perseguida em cada negócio *in concreto*, “de forma a aferir mais cuidadosamente se há compatibilidade com aqueles interesses em razão dos quais a própria liberdade de contratar é tutelada” (KONDER, 2010, p. 34).

Em tal cenário, e tendo em conta o desmedido apego à dogmática tradicional – estática e essencialmente estrutural – por grande parte da parte da civilística brasileira do século passado, não foi sem polêmica que o tema da função social se desenvolveu no Brasil. Embora o princípio tenha sido introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Constituição da República de 1967, por meio da função social da propriedade, e há mais de cinquenta anos fosse objeto de estudo por parte da doutrina italiana, no Brasil, o princípio, inicialmente, apresentou tímidos contornos, associado à ciência política ou ao plano metajurídico. Com efeito, a função social, sob a ótica individualista característica das codificações oitocentistas, não era entendida como princípio jurídico, reduzido à genérica admissão do papel que o contrato e a propriedade deveriam desempenhar no fomento às trocas e à prática comercial como um todo.<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> Sobre a necessária interação interpretativa entre a função prático-individual e a função social dos contratos, v. KONDER, 2010, p. 33-75.

<sup>9</sup> A longa transição da função social do plano filosófico para a ciência jurídica pode ser percebida em Orlando Gomes: “A função econômico-social do contrato foi reconhecida, ultimamente, como a razão determinante de sua proteção jurídica. Sustenta-se que o Direito intervém, tutelando determinado contrato, devido à sua função econômico-social. Em consequência, os contratos que regulam interesses sem utilidade social, fúteis ou improdutivos não merecem proteção jurídica. Merecem-na apenas os que têm função econômico-social reconhecidamente útil.” (GOMES, 2019, p. 20).

Provavelmente por tal circunstância histórica, arraigada intensamente à cultura jurídica dominante – associada ao excessivo apego à técnica regulamentar –, a função social afigura-se tema até hoje polêmico. Note-se que nem mesmo o advento do *Código de Defesa do Consumidor*, que deu ensejo a acalorado debate acerca da boa-fé objetiva, suscitou o aprofundamento da discussão sobre a função social. De fato, a categoria somente passou a ser objeto de maior reflexão a partir de sua introdução no art. 421 do *Código Civil* de 2002, em cuja redação original se lia: “A liberdade de contratar será exercida *em razão* e nos limites da função social do contrato”.

Mostram-se eloquentes as severas críticas sofridas pelo dispositivo, que resultaram na supressão da expressão “*em razão de*”, pela Lei n. 13.874 de 2019,<sup>10</sup> conferindo-lhe a redação atual: “A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato”. A aludida alteração legislativa denota a injusta preocupação, por parte da doutrina liberal, quanto à possível contaminação dos fundamentos da liberdade de contratar, a qual, segundo seus autores, seria conceito pré-jurídico associado à liberdade humana, à qual ao codificador seria dado tão somente reconhecer e limitar.

## **2 DEBATE ATUAL ACERCA DO CONTEÚDO E ALCANCE DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO**

Com o acolhimento pelo codificador civil da função social do contrato, acirraram-se as divergências doutrinárias, sendo possível identificar, *grosso modo*, três principais correntes que buscaram delimitar o conteúdo e alcance do instituto.

<sup>10</sup> Para análise da lei e das mudanças por ela implementadas nos dispositivos do Código Civil, permita-se remeter a TEPEDINO, 2020, p. 487-514.

A primeira delas sustenta que a função social do contrato não é dotada de eficácia jurídica autônoma, sendo uma espécie de orientação de política legislativa, que revela sua importância em diversos institutos que, como expressão da função social, autorizam ou justificam soluções normativas específicas, tais como a resolução por excessiva onerosidade (CC, art. 478), a lesão (CC, art. 157), a conversão do negócio jurídico (CC, art. 170), a simulação como causa de nulidade (CC, art. 167), e assim por diante.<sup>11</sup>

Como se vê, tal posição acaba por esvaziar a importância da função social, uma vez que esta se expressaria por meio de institutos já positivados, presentes de forma difusa no ordenamento, prescindindo, por isso mesmo, de eficácia jurídica autônoma. Assim, acabar-se-ia interpretando a Constituição à luz do *Código Civil*, vale dizer, o princípio da função social, de matriz constitucional, à luz da disciplina (conferida pelo legislador infraconstitucional) dos diversos institutos codificados, reduzindo a sua relevância, já que os demais institutos, por estarem suficientemente regulados, dispensariam a sua existência.

---

<sup>11</sup> Assim, conforme Humberto Theodoro Júnior, “a lei prevê a função social do contrato, mas não a disciplina sistemática ou especificamente. Cabe à doutrina e à jurisprudência pesquisar sua presença difusa dentro do ordenamento jurídico e, sobretudo, dentro dos princípios informativos da ordem econômica e social traçada pela Constituição” (THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 93). E remata: “O grande espaço da função social, de certa maneira, deve ser encontrado no próprio bojo do Código Civil, ou seja, por meio de institutos legalmente institucionalizados para permitir a invalidação ou a revisão do contrato e assim amenizar a sua dureza oriunda dos moldes plasmados pelo liberalismo. 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’. O campo propício ao desempenho da função social, assim como à realização da equidade contratual é o da aplicação prática das cláusulas gerais com que o legislador definiu os vícios do negócio jurídico, os casos de nulidade ou de revisão. Seria pela prudente submissão do caso concreto às noções legais com que o Código tipificou as hipóteses de intervenção judicial do contrato que se daria a sua grande adequação às exigências sociais acobertadas pela lei civil” (p. 106).

A segunda corrente de pensamento afirma que a função social do contrato expressa o valor social das relações contratuais, enaltecendo a importância dessas relações na ordem jurídica. Tal concepção, nesta esteira, concebe a função social do contrato como forma de reforçar a proteção do contratante, mesmo em face de terceiros, alçando-a a fundamento de tutela na lesão contratual provocada por terceiro cúmplice. Dito por outras palavras, a função social do contrato imporá aos terceiros o dever de colaborar com os contratantes, de modo a respeitar a situação jurídica obrigacional anteriormente constituída da qual têm conhecimento. Assim, o princípio da relatividade dos contratos seria lido e interpretado à luz do princípio da função social dos contratos.<sup>12</sup>

Todavia, a despeito da relevância do “valor social da livre iniciativa”, um dos fundamentos constitucionais da República (art. 1º, IV, C.F.), esta posição acaba por reduzir a função social a instrumento adicional de garantia da posição contratual, sem se dar conta de que a função social se destina, a rigor, a impor deveres aos contratantes – e não o contrário. Tal orientação, portanto, desvirtua o princípio da função social, em favor dos interesses patrimoniais contidos na avença contratual, já suficientemente tutelados.<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> Negreiros (2006, p. 244) sintetiza: “A partir de agora, o princípio da relatividade será enfocado, sempre à luz da função social do contrato, mas não mais a propósito da extensão da responsabilidade em favor de um terceiro e, sim, a propósito da responsabilidade do terceiro que contribui para o descumprimento de uma obrigação originária de um contrato do qual não seja parte”.

<sup>13</sup> Como observado em outra sede, o princípio não há de representar a “ampliação da proteção dos próprios contratantes, o que amesquinhará a função social do contrato, tornando-a servil a interesses individuais e patrimoniais que, posto legítimos, já se encontram suficientemente tutelados pelo contrato.” (TE-PEDINO, 2006, p. 241-274). E, na mesma direção, destaca-se: “A função social não se presta, portanto, à tutela dos interesses de qualquer dos contratantes, ainda que técnica ou economicamente mais fraco. [...] A função social está para o interesse da sociedade assim como a função econômica está para o interesse das partes, cuja promoção se garante por instrumentos próprios, como a boa-fé objetiva e o equilíbrio das posições contratuais.” (TERRA, 2017, p. 95-113).

Em outras palavras, tal posição doutrinária acabaria por transformar o instituto em – mais um – instrumento de constituição de direitos para os contratantes, e não já de deveres, o que desvirtuaria a própria perspectiva funcional na qual o contrato deve estar inserido (TEPEDINO *et al.*, 2023). (Deste modo, verifica-se que a responsabilidade do terceiro cúmplice não encontra fundamento no princípio da função social, uma vez que os interesses em questão se restringem à esfera privada e patrimonial dos contratantes, não já aos interesses extracontratuais socialmente relevantes.<sup>14</sup>

Já a terceira linha de entendimento mencionada concebe a função social do contrato como princípio que, informado pelos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), do valor social da livre iniciativa (art. 1º, IV) – fundamentos da República – e da igualdade substancial (art. 3º, III) e da solidariedade social (art. 3º, I) – objetivos da República – impõe às partes o dever de perseguir, ao lado de seus interesses individuais, interesses extracontratuais socialmente relevantes, dignos de tutela jurídica, alcançados pelo contrato.<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> Com efeito, é o princípio da boa-fé objetiva, não já a função social do contrato, o fundamento para a proteção do crédito em face de terceiros: “[...] o princípio da boa-fé objetiva, informado pela solidariedade constitucional, por não se limitar ao domínio do contrato, alcança todos os titulares de situações jurídicas subjetivas patrimoniais, vinculando-os ao respeito de posições contratuais, suas ou de terceiros. Por isso mesmo, fundamenta-se na boa-fé objetiva a proteção do crédito em face de terceiros, não já no princípio da função social.” (TEPEDINO, 2006, p. 251).

<sup>15</sup> “Tais interesses dizem respeito, dentre outros, aos consumidores, à livre concorrência, ao meio-ambiente, às relações de trabalho.” (TEPEDINO, 2006, p. 3-20).

### 3 FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E ORDEM PÚBLICA

Mostra-se, de fato, consentânea com a legalidade constitucional, a percepção de que o princípio da função social do contrato impõe aos contratantes o dever de perseguir, ao lado de seus interesses individuais, interesses extracontratuais socialmente relevantes, dignos de tutela jurídica. Desse modo, a função social amplia para as relações patrimoniais entre particulares a noção de ordem pública. A função destina-se à promoção de valores inderrogáveis para cuja promoção se justifica a imposição de preceitos inafastáveis pela vontade das partes. Por isso mesmo, dispõe o parágrafo único do art. 2.035 do *Código Civil* que “nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”.

Na perspectiva funcional assim delineada e acolhida pelo *Código Civil*, de acordo com a função que a situação jurídica desempenha, serão definidos os poderes atribuídos ao titular do direito subjetivo e das situações jurídicas subjetivas. De outra parte, os interesses patrimoniais dos titulares da atividade econômica só merecerão tutela na medida que interesses socialmente relevantes, visto que alheios à esfera individual, venham a ser igualmente tutelados. A proteção dos interesses privados justifica-se não apenas como expressão da liberdade individual, mas em virtude da função que desempenha para a promoção de posições jurídicas externas, integrantes da ordem pública contratual. Vincula-se, assim, a proteção dos interesses privados ao atendimento de interesses sociais, a serem promovidos no âmbito da atividade econômica (socialização dos direitos subjetivos).

Nessa esteira, o princípio da função social dos contratos enseja a mitigação da relatividade dos contratos, ou a relativização da relatividade,<sup>16</sup> por meio da imposição de deveres aos contratantes, não devendo ser entendido como mera ferramenta para ampliação das garantias contratuais, na hipótese de lesão contratual provocada por terceiro cúmplice – o que seria um contrassenso.

Tal visão costuma gerar reações de duas espécies. A primeira é que esta perspectiva funcional seria contrária à liberdade individual. O sentido técnico de função, contudo, decorre da tábua axiológica constitucional, que associa visceralmente as relações patrimoniais a valores existenciais. Significa dizer que, longe de teorias comunitárias de matrizes autoritárias, que subordinaram, ao longo da história, as liberdades individuais a interesses supraindividuais ou estatais, a função social, no ordenamento jurídico brasileiro, impõe ao exercício das relações patrimoniais deveres indispensáveis à promoção da pessoa humana. Igualdade, solidariedade e justiça distributiva, portanto, são princípios constitucionais que enaltecem a liberdade – de todos – e visam à redução das desigualdades regionais e sociais, à sustentabilidade e à dignidade humana. A invocação da função social, portanto, não comprime a liberdade, reduzindo-a quantitativamente, mas serve-lhe de contorno qualitativo à luz dos valores constitucionais.

A segunda reação à funcionalização das situações jurídicas subjetivas pretende preservar a autonomia privada como uma garantia pré-legislativa, apenas reconhecida pelo constituinte, como tradução das liberdades individuais.

---

<sup>16</sup> Cf., para ampla análise do tema: KONDER, 2019, p. 81-100.

Assim, os limites à liberdade de contratar jamais poderiam ser essenciais ou internos ao negócio, mas, ao contrário, seriam sempre externos, contrapondo à liberdade os interesses de ordem pública. Nessa ótica individualista, uma vez respeitados os limites externos pontuais fixados pelo Estado-legislador, a atividade contratual poderia desenvolver-se livre de qualquer restrição ou condicionamento. Ou seja, uma vez considerado válido o ato jurídico – porque não colidente com as normas imperativas de intervenção – os contratantes disporiam de uma espécie de salvo-conduto, que lhes daria a prerrogativa de exercerem a liberdade contratual em termos qualitativamente absolutos, embora quantitativamente delimitados.

Tais objeções, contudo, referem-se a conceito de função inteiramente defasado do sistema constitucional brasileiro. O recurso à função social deve revelar o mecanismo dinâmico de vinculação das estruturas do direito, em especial dos fatos jurídicos, dos centros de interesse privado e das relações jurídicas, aos valores da sociedade consagrados pelo ordenamento, a partir de seu vértice hierárquico, o texto constitucional. Por isso, a função consiste em elemento interno e razão justificativa da autonomia privada. Não para subjugar a iniciativa privada a entidades ou elementos institucionais supraindividuais, mas para instrumentalizar as estruturas jurídicas aos valores do ordenamento, permitindo o controle dinâmico e concreto da atividade privada.

Torna-se fundamental, nessa direção, a releitura dos conceitos e categorias do Direito civil a partir dos preceitos constitucionais, pois “as normas constitucionais afiguram-se parte integrante da dogmática do direito civil, remodelando e revitalizando seus institutos, em torno de sua força reunificadora

do sistema.” (TEPEDINO, 2006, p. 1.137-1.142).

Se assim é, nos termos do art. 421 do *Código Civil*, toda situação jurídica patrimonial, integrada a uma relação contratual, deve ser considerada originariamente justificada e estruturada em razão de sua função social. Como ocorrido em relação à propriedade, opera-se uma transformação qualitativa do contrato, que passa a consubstanciar instrumento para a concretização das finalidades constitucionais (TEPEDINO, 2006, p. 10). Dessa feita, a função social – elemento interno do contrato – impõe aos contratantes a obrigação de perseguir, ao lado de seus interesses privados, interesses extracontratuais socialmente relevantes, assim considerados pelo legislador constitucional.

Busca-se, nessa direção, tutelar com o contrato não apenas os interesses dos contratantes, mas, também, o interesse da coletividade.<sup>17</sup> Como sublinhado em doutrina,

em um sistema inspirado na solidariedade política, econômica e social e ao pleno desenvolvimento da pessoa, o conteúdo da função social assume um papel de tipo promocional, no sentido de que a disciplina das formas de propriedade e as suas interpretações deveriam ser atuadas para garantir e para promover os valores sobre os quais se funda o ordenamento. (PERLINGIERI, 2002, p. 226).

Ilustrativamente, no caso das relações de consumo, a função intrínseca à destinação dos bens a seu destinatário final, o consumidor, que se encontra em posição de vulnerabilidade, define a disciplina jurídica a ser aplicada, diferentemente da normativa aplicável às relações paritárias.

---

<sup>17</sup>“No ordenamento moderno, o interesse é tutelado se, e enquanto for conforme não apenas ao interesse do titular, mas também àquele da coletividade” (PERLINGIERI, 2002, p. 121).

A partir da análise funcional do contrato e dos direitos subjetivos, a grande dicotomia do Direito privado deixa de ser baseada na estrutura dos direitos subjetivos – como ocorre na distinção entre direitos reais e obrigacionais –, dando lugar à distinção funcional entre as relações patrimoniais e existenciais.<sup>18</sup> Tais relações são dicotômicas porque desempenham funções díspares, promovendo valores distintos, de maneira a atrair, por conseguinte, disciplinas diferenciadas.

Além disso, a autonomia privada não pode mais ser concebida como direito subjetivo absoluto, o qual sofreria restrições pontuais por meio de normas de ordem pública. Ao revés, o princípio da autonomia privada deve ser revisitado e lido à luz dos valores constitucionais, não sendo possível admitir espécies de zonas francas de atuação da autonomia privada, imunes ao controle axiológico ditado pela Constituição da República.

#### **4 AS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI N. 13.874/2019 NO ART. 421 DO CÓDIGO CIVIL. PROJEÇÕES DA FUNÇÃO SOCIAL ENTRE LIBERDADE E SOLIDARIEDADE.**

A chamada Lei de Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/2019), que instituiu a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, não ofereceu contribuição consistente para a pretendida objetivação da noção de função social dos contratos. Na nova redação do *caput* do art. 421, lê-se: “A liberdade contratual será exercida nos limites

<sup>18</sup> “De um ponto de vista objetivo, a situação é um interesse que, essencial à sua existência, constitui o seu núcleo vital e característico. Interesse que pode ser ora patrimonial, ora de natureza pessoal e existencial, ora um e outro juntos [...]. No ordenamento dito privatístico, encontram espaço sejam as situações patrimoniais e entre essas a propriedade, o crédito, a empresa, a iniciativa econômica privada; sejam aquelas não patrimoniais (os chamados direitos da personalidade) às quais cabe, na hierarquia das situações subjetivas e dos valores, um papel primário” (PERLINGIERI, 2002, p. 106).

da função social do contrato”. Inseriu-se, ainda, parágrafo único, segundo o qual, “Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual”. O intuito do legislador parece ter sido a preservação do contrato imune à valoração subjetiva pela magistratura, relançando a autonomia privada. Todavia, como já se pôde observar, a função social do contrato tem fundamento na Constituição da República, e a nova redação evidentemente não possui o condão de afastar o controle de utilidade social das relações patrimoniais, incidente sobre o conteúdo do contrato.<sup>19</sup>

A alteração promovida pela referida lei, nessa direção, parece ignorar o deslocamento assistido pelo Direito civil de seus princípios fundantes para a Constituição, em contexto de profunda transformação social, em que a autonomia privada, embora altamente prestigiada pelo sistema, passa a ser remodelada por valores não patrimoniais, de cunho existencial, inseridos na própria noção de ordem pública.

Como antes realçado, propriedade, empresa, família, relações contratuais tornam-se institutos funcionalizados à realização da dignidade da pessoa humana, fundamento da República, para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, objetivo central da Constituição brasileira de 1988 (TEPEDINO *et al.*, 2016, p. 227-248).

A proteção das vulnerabilidades deflagrou intervenção específica destinada à redução das desigualdades, seja nas relações de consumo e nos contratos de massa, seja no exercício do direito de propriedade e do controle das empresas, seja no seio das entidades familiares e de todas as relações contratuais. Informado pelos princípios da solidariedade social e igualdade substancial, o

<sup>19</sup> Nessa mesma direção, KONDER, 2019, p. 5-22.

Direito civil preocupa-se com a pessoa humana, e não mais com o sujeito de direito abstrato, anônimo e titular de patrimônio. A pessoa humana, portanto, qualificada na concreta relação jurídica em que se insere, de acordo com o valor social da atividade desenvolvida e protegida pelo ordenamento segundo o grau de vulnerabilidade que apresenta, torna-se a categoria central do Direito privado.<sup>20</sup>

Da mesma forma, a autonomia privada, informada pelo valor social da livre iniciativa, encontra limites não somente negativos (art. 170, parágrafo único, CR), como positivos, vinculando o seu titular à promoção de valores, fundamentos e objetivos fundamentais da República.<sup>21</sup> Em consequência, no exercício da autonomia privada, de acordo com a função que a situação jurídica subjetiva desempenha, serão definidos os poderes atribuídos ao seu titular e tuteladas as pretensões individuais dos titulares da atividade econômica que promovam, concomitantemente, interesses socialmente relevantes (socialização das situações jurídicas subjetivas) (PERLINGIERI, 2002, p. 106-107).

<sup>20</sup> Na preciosa lição do Professor Stefano Rodotà, trata-se de promover a compatibilidade entre o sujeito abstrato e o reconhecimento das diferenças, sempre funcionalizados à tutela da dignidade humana, vale dizer, *“il soggetto non si presenta più come compotto, unificante, risolto. È, più che problema, enigma. Si fa nomade. Esprime una realtà frantumata e mobile. Non è approdo, ma processo”* (RODOTÀ, 2012, p. 147). Tradução livre: “o sujeito não se apresenta mais como um compacto, unificante, explicado. É, mais que problema, enigma. Faz-se nômade. Expressa uma realidade fragmentada e móvel. Não é chegada, mas processo.” E, nessa mesma direção, já se afirmou em outra sede acerca da necessidade de compatibilização entre as duas construções (sujeito e pessoa): “o primado da dignidade humana comporta o reconhecimento da pessoa a partir dos dados da realidade, realçando-lhe as diferenças, sempre que tal processo se revelar necessário à sua tutela integral. A abstração do sujeito, de outra parte, assume grande relevância nas hipóteses em que a revelação do dado concreto possa gerar restrição à própria dignidade, ferindo a liberdade e a igualdade da pessoa.” (TEPEDINO, 2016, p. 17-35).

<sup>21</sup> “Significa dizer que a livre iniciativa, além dos limites fixados por lei, para reprimir atuação ilícita, deve perseguir a justiça social, com a diminuição das desigualdades sociais e regionais e com a promoção da dignidade humana. A autonomia privada adquire assim conteúdo positivo, impondo deveres à autorregulamentação dos interesses individuais, de tal modo a vincular, já em sua definição conceitual, liberdade à responsabilidade” (TEPEDINO, 2014).

Por isso mesmo, em que pese à alteração realizada pelo legislador ordinário, a função social permanece consistindo em elemento interno da liberdade contratual. A legitimidade de tal perspectiva funcional depende, assim, fundamentalmente da aplicação direta dos princípios constitucionais às relações privadas, como núcleo normativo hierarquicamente superior e prevalente na unificação do sistema.<sup>22</sup> Evita-se, assim, que os princípios constitucionais possam ter a sua força prescritiva desintegrada em favor de regras infraconstitucionais, dotadas de maior densidade normativa (detalhamento regulamentar).<sup>23</sup>

Caracteriza-se, nesse sentido, transformação qualitativa do contrato, o qual, unindo liberdade e solidariedade, passa a consubstanciar instrumento para a concretização da legalidade constitucional. (TEPEDINO; KONDER; BANDEIRA, 2023, v. 3, p. 37). A autonomia privada, embora valiosa e fundamental ao sistema, não poderia ser concebida como princípio absoluto, livre do controle axiológico da Constituição da República, como parece pretender declarar, ingenuamente, a Lei nº 13.874/2019. Ao revés, há de ser compreendida a partir da associação com outros valores constitucionais, não havendo espaço de subjetividade imune ao raio de incidência do ordenamento jurídico, unitário e complexo. Sob esse prisma, a autonomia privada molda-se a princípios e

<sup>22</sup> “A norma constitucional torna-se a razão primária e justificadora (e, todavia, não a única, se for individuada uma normativa ordinária aplicável ao caso) da relevância jurídica de tais relações, constituindo parte integrante da normativa na qual elas, de um ponto de vista funcional, se concretizam. Portanto, a normativa constitucional não deve ser considerada sempre e somente como mera regra hermenêutica, mas também como norma de comportamento, idônea a incidir sobre o conteúdo das relações entre situações subjetivas, funcionalizando-as aos novos valores” (PERLINGIERI, 2002, p. 12).

<sup>23</sup> Torna-se fundamental, por isso mesmo, a releitura dos conceitos do direito privado (não somente à luz, mas) incorporados aos valores constitucionais, afirmando-se nessa direção que “as normas constitucionais se afiguram parte integrante da dogmática do direito civil, remodelando e revitalizando seus institutos, com notável capacidade de reunificação do sistema (TEPEDINO, 2006, p. 1.137-1.142).

valores aos quais se subordina.<sup>24</sup>

Por outro lado, o parágrafo único do art. 421 do *Código Civil* estabelece “o princípio da intervenção mínima” e consigna a excepcionalidade da revisão contratual. A rigor, não se trata de reduzir a intervenção nos contratos, ou declarar a sua natureza excepcional, mas de conter a atuação judicial aos princípios e valores da ordem pública constitucional. Do ponto de vista técnico, não existe, na ordem jurídica, o chamado princípio de intervenção mínima (TEPEDINO *et al.*, 2020, p. 487-514). Ao contrário, há um conjunto de pressupostos e requisitos, autorizados pela Constituição da República e incorporados ao *Código Civil*, para a intervenção judicial. De outra parte, a revisão e a resolução contratual encontram-se previstas nos arts. 317 e 478 do *Código Civil*, sendo esses os parâmetros norteadores da intervenção judicial nos contratos e que a tornam, só por si, pelo rigor dos requisitos ali previstos, limitada e excepcional.<sup>25</sup> Ou seja, a previsão de excepcionalidade da revisão contratual nada adicionou ao

<sup>24</sup> Nessa direção, ressalta Pietro Perlingieri: “Os atos de autonomia têm, portanto, fundamentos diversificados; porém encontram um denominador comum na necessidade de serem dirigidos à realização de interesses e funções que merecem tutela e são socialmente úteis [...] a autonomia privada não é um valor em si e, sobretudo, não representa um princípio subtraído ao controle de sua correspondência e funcionalização ao sistema das normas constitucionais” (PERLINGIERI, 2002, p. 18-19 e 277). Na mesma direção, em outra sede, cfr. TEPEDINO *et al.*, 2023, p. 53.

<sup>25</sup> Ao propósito, alude-se em doutrina que a mudança legislativa, na tentativa de combater, de forma repetida e redundante, o perigo de intervenção estatal de modo discricionário nas relações contratuais acabou produzindo verdadeiro “efeito placebo sobre as inseguranças das intervenções estatais no campo dos contratos”. Vale dizer, “afirmar isso sem indicar critérios para identificar quando se está diante da excepcionalidade poder ser inútil, inclusive, porque, reconheça-se, um dos poucos estudos quantitativos existentes já indica que, na prática, a revisão dos contratos é excepcional. Com efeito, limitar-se a prever a excepcionalidade da intervenção cria para os contratantes uma loteria às avessas: enquanto alguns podem ser sorteados para serem vítimas da exceção arbitrária, outros, que talvez merecessem a intervenção dependendo dos critérios adotados, cairiam na regra geral.” (KONDER; COBBET, 2019, p. 5-22). Também em crítica às alterações promovidas pelo legislador no art. 421 do Código Civil: SOUZA, 2019, p. 1-53.

ordenamento, uma vez que os requisitos exigidos para tanto permanecem os mesmos. Não se trata de impedir posições de vantagem (ou alocações de risco) estabelecidas consensualmente pelas partes, mas de coibir desproporções contingenciais que não merecem tutela do ordenamento.<sup>26</sup>

## 5 CONCLUSÃO

O debate acerca do conteúdo e papel da função social do contrato, no ordenamento jurídico brasileiro, insere-se no âmbito do processo de funcionalização dos fatos jurídicos, impondo-se ao intérprete, por um lado, qualificar os modelos contratuais, a partir da função prático-social pretendida em determinada atividade negocial. A qualificação em concreto das situações jurídicas subjetivas, a partir de sua função, permite a adequada incidência normativa e amplia o controle social da atividade econômica, cuja utilidade social, de outra parte, há de ser perseguida, em favor dos interesses de seus titulares e, de forma mais ampla, de toda a coletividade. Nesse particular, a autonomia privada e a liberdade contratual recebem especial proteção do ordenamento, impondo aos contratantes, ao lado da perseguição de seus legítimos interesses patrimoniais, o dever de tutelar os interesses extracontratuais socialmente relevantes alcançados pelo negócio jurídico.

---

<sup>26</sup> A análise dos critérios de revisão contratual à luz dos fundamentos constitucionais tem sido ressaltada em doutrina: “A correspectividade ou comutatividade consiste no liame funcional entre as obrigações reciprocamente assumidas pelos contratantes. Trata-se do sinalagma que, por indicar o escopo funcional, revela o equilíbrio pretendido entre as prestações. Percebe-se, assim, a relevância do princípio do equilíbrio das prestações para a garantia da comutatividade, que se associa à função contratual e cuja preservação, por isso mesmo, torna-se imperativo da boa-fé objetiva. [...]” (TEPEDINO, 2012, p. 451-472). Cfr., também, sobre o tema, SCHREIBER, 2018, p. 52-54.

Nessa esteira, a Lei nº 13.874/2019, a chamada Lei de Liberdade Econômica, não produziu o pretendido impacto na teoria contratual, sendo certo que o princípio da função social, previsto no texto constitucional e no *Código Civil*, produz alteração qualitativa na dogmática contratual. Por conseguinte, a intervenção legislativa e jurisdicional nos contratos atende a valores e princípios de ordem pública, que permeiam a leitura de todas as normas do ordenamento. Em última análise, a funcionalização da autonomia negocial mostra-se decorrência direta da legalidade constitucional, e a função social, por isso mesmo, incide não apenas como limite externo, mas também como limite interno da liberdade contratual, subordinando a liberdade dos contratantes aos princípios da igualdade substancial e da solidariedade social.

## REFERÊNCIAS

- BANDEIRA, Paula Greco. *Contratos incompletos*. São Paulo: Atlas, 2015.
- BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. São Paulo: Manole, 2007.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 330.817/RJ. Relator: Min. Dias Toffoli. *DJ*, Brasília, DF, 31 ago. 2017.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; KONDER, Carlos Nelson de Paula; TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Princípios contratuais aplicados: boa-fé, função social e equilíbrio contratual à luz da jurisprudência*. São Paulo: Editora Foco, 2019.

KONDER, Carlos Nelson de Paula. A 'relativização da relatividade': aspectos da mitigação da fronteira entre partes e terceiros nos contratos. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 23, n. 1, p. 81-100, mar. 2019. Disponível em: <https://ojs.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/34287>. Acesso em: 18 nov. 2022.

KONDER, Carlos Nelson de Paula; COBBET, Lucas Goldfarb. A função social do contrato após a lei de liberdade econômica. *Revista Brasileira de Direito Contratual*, Porto Alegre, v. 1, n.7, p. 18-19, out./dez. 2019.

KONDER, Carlos Nelson. Para além da "principalização" da função social do contrato. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 3, p. 39-59, 2017.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PERLINGIERI, Pietro. *Manuale de diritto civile*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1997.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RODOTÀ, Stefano. Dal soggetto alia persona. In: RODOTÀ, Stefano. *Il diritto di avere diritti*. Roma: Laterza, 2012. 2ª parte, capítulo 5.

SCHREIBER, Anderson. Alterações da MP 881 ao Código Civil – Parte I. *Carta Forense - Jusbrasil*, 02 maio 2019. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/703475518/alteracoes-da-mp-881-ao-codigo-civil-parte-i>. Acesso em: 26 set. 2021.

SCHREIBER, Anderson. *Direito Civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013.

SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SOUZA, Eduardo Nunes de. De volta à causa contratual: aplicações da função negocial nas invalidades e nas vicissitudes supervenientes do contrato. *Revista Eletrônica de Direito Civil, Civilística*, v. 2, p. 1-43, 2019.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na Parte Geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. 2, p. 3-20.

TEPEDINO, Gustavo. Direito Civil e ordem pública na legalidade constitucional. In: ANTONIAZZI, Nelcir (Org.). *República, poder e cidadania: anais da XIX Conferência Nacional dos Advogados*. Brasília: OAB: Conselho Federal, 2006. v. 2, p. 1.137-1.142.

TEPEDINO, Gustavo. Esboço de uma classificação funcional dos atos jurídicos. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 8-37, 2014. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/129>. Acesso em: 4 abr. 2023.

TEPEDINO, Gustavo. Hermenêutica contratual no equilíbrio econômico dos contratos. pp. 461-462. In: TEPEDINO, Gustavo. *Soluções práticas de direito: relações obrigacionais e contratos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. v. 2, p. 451-472.

TEPEDINO, Gustavo. Livro (eletrônico) e o perfil funcional dos bens jurídicos na experiência brasileira. In: VICENTE, Dário Moreira Vicente et al. (Org.). *Estudos de direito intelectual em homenagem ao Prof. Doutor José de Oliveira Ascensão*. Coimbra: Almedina, 2015. p. 269-287.

TEPEDINO, Gustavo. Novos princípios contratuais e a teoria da confiança: a exegese da cláusula to the best knowledge of the sellers. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. 2, p. 241-274.

TEPEDINO, Gustavo. O ocaso da subsunção. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. t. 3, p. 443-446.

TEPEDINO, Gustavo. O papel atual da doutrina do direito civil entre o sujeito e a pessoa. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor. (Coord.). *O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao Professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 17-35.

TEPEDINO, Gustavo. Teoria dos bens e situações subjetivas reais: esboço de uma introdução. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. 2, p. 135-146.

TEPEDINO, Gustavo. Texto e contexto na teoria da interpretação. Editorial. *Revista Brasileira de Direito Civil (RBDCivil)*, Belo Horizonte, v. 29, n. 3, p. 11-13, 2021. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/788>. Acesso em: 18 nov. 2022.

TEPEDINO, Gustavo; CAVALCANTI, Laís. Notas sobre as alterações promovidas pela Lei nº 13.874/2019 nos artigos 50, 113 e 421 do Código Civil. In: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Org.). *Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 487-514.

TEPEDINO, Gustavo et al. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. v. 2.

TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos do Direito Civil: contratos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. v. 3.

TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. Personalidade e capacidade na legalidade constitucional. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). *Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas: convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão*. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 227-248.

TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Adimplemento substancial e tutela do interesse do credor: análise da decisão proferida no REsp. 1.581.505. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Rio de Janeiro, v. 11, n.1, p. 95-113, 2017. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/10>. Acesso em: 18 nov. 2022.