



## A FUNÇÃO SOCIAL: NOVO PARADIGMA PARA A LIBERDADE DE CONTRATAR?<sup>1</sup>

### *SOCIAL FUNCTION OF THE CONTRACT: A NEW PARADIGM FOR FREEDOM OF CONTRACT?*

Paulo de Tarso Barbosa Duarte<sup>2</sup>  
[0000-0002-2536-448X](mailto:0000-0002-2536-448X)

#### Resumo

Após transcorrido a *vacatio legis*, inicia-se a vigência do Código Civil de 2002, e assim despontam-se novos desafios para o intérprete, à medida que se trata de um Código que incorpora nova técnica de legislar, seja por meio de cláusulas gerais, seja por meio termos de conteúdo jurídico indeterminado. Só que, paralelamente, fortalecem-se a força normativa dos princípios constitucionais, os quais passam a repercutir na interpretação do direito privado. Assim, o artigo 421, do Código Civil, ao incorporar a função social do contrato, significa a necessidade de se promover, no âmbito das relações privadas fundadas no contrato, preocupações, não mais, apenas, patrimoniais e individuais, mas também com a promoção da dignidade humana e com a justiça social.

**Palavras-chave:** Cláusulas gerais. Dignidade humana. Função social do contrato. Liberdade de contratar. Princípios constitucionais.

---

<sup>1</sup> Palestra proferida na solenidade de instalação do 12º Núcleo Regional do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional / Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, em 24 de setembro de 2003. O texto foi atualizado e comentado, com a autorização do autor.

<sup>2</sup> Pontifícia Universidade Católica de Campinas, Centro de Ciências Humanas e Sociais Aplicadas, Faculdade de Direito. Rua Prof. Dr. Euryclides de Jesus Zerbini, 1516, Parque Rural Fazenda Santa Cândida, 13087-571, Campinas, SP, Brasil. E-mail: [paulodetarso@puc-campinas.edu.br](mailto:paulodetarso@puc-campinas.edu.br)

Recebido em 1 de outubro de 2021, versão final em 20 de outubro de 2022 e aprovado em 13 de outubro de 2022.

---

Como citar este artigo/How to cite this article

Duarte, P. T. B. A função social: novo paradigma para a liberdade de contratar? *Revista de Direitos Humanos e Desenvolvimento Social*, v. 3, e 226923, 2022. <https://doi.org/10.24220/2675-9160v3e2022a6923>



## Abstract

*After the period of vacatio legis has elapsed, the 2002 Civil Code becomes effective, and thus new challenges arise for the interpreter, as it is a Code that incorporates a new technique of legislating, whether by means of general clauses or by means of terms of undetermined legal content. At the same time, however, the normative power of constitutional principles is being strengthened, and they are beginning to have an impact on the interpretation of private law. Thus, article 421 of the Civil Code, by incorporating the social function of the contract, signifies the need to promote, within the scope of private relations based on the contract, concerns that are no longer merely patrimonial and individual, but also with the promotion of human dignity and social justice.*

**Keywords:** *General clauses. Human dignity. Social function of the contract. Freedom of contract. Constitutional principles.*

1. Em dispositivo sem símile no Código Civil de 1916, o artigo 421 da Lei nº10.406, de 10 de janeiro de 2002, preconiza: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”<sup>3</sup>.

O preceito, que não havia frequentado o Projeto de Código de Obrigações, baseado em trabalho de 1962, da lavra de Caio Mário da Silva Pereira<sup>4</sup>, mas do qual foi extraída a redação de muitas das normas hoje incorporadas ao Código Civil de 2002, veio a figurar, uma década depois, em Anteprojeto de Código Civil (artigo 417), elaborado por Comissão de Juristas<sup>5</sup>,

---

<sup>3</sup> Nota da atualização: A chamada Lei de liberdade econômica (Lei 13.874/19) alterou o conteúdo o art. 421, substituindo-se “liberdade de contratar” por “liberdade contratual”. Além disso, dita Lei acrescentou o art.421-A no Código Civil, passando a ter, então a seguinte redação: 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. 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; III) a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada.

<sup>4</sup> O trabalho, revisto por Comissão, nomeada pela Portaria nº 274-B, de 19 de junho de 1964, do Ministro de Estado da Justiça, presidida por Orosimbo Nonato e integrada por Caio Mário Da Silva Pereira (Relator Geral), Teófilo Azeredo Santos, Sylvio Marcondes, Orlando Gomes e Nehemias Gueiros, redundou em Projeto de Código de Obrigações, que foi encaminhado ao Congresso Nacional em 1965 e dele retirado em 1967.

<sup>5</sup> Integrada por José Carlos Moreira Alves, Agostinho Alvim, Sylvio Marcondes, Ebert Chamoun, Clóvis do Couto e Silva e Torquato Castro.



supervisionada pelo Professor Miguel Reale, sobrevivendo incólume a qualquer mudança, desde o seu envio à Câmara dos Deputados, no ano de 1975<sup>6</sup>, até a sua final aprovação, depois de favoravelmente apreciado pelo Senado Federal.

2. Sem embargo, o Deputado Ricardo Fiúza, que fora relator da matéria, quando de seu retorno à Câmara Federal, apresentou, em 12 de junho de 2002, o Projeto de Lei nº6.960, de 2002<sup>7</sup>, alvitrando, entre outras medidas, que se altera a redação dessa regra: “Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato”.

Consoante a correspondente justificativa, os professores Álvaro Villaça Azevedo e Antonio Junqueira Azevedo, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, haviam ponderado que a *liberdade de contratar* é simples emanção da personalidade, enquanto a *liberdade contratual* designa o poder de “livremente discutir as cláusulas do contrato”, certo que a “[...] liberdade contratual está limitada pela função social do contrato, mas (esta) não é a sua razão de ser”<sup>8</sup>.

3. Em primeiro lugar, contudo, dá-se que doutrina não menos prestigiada vale-se preferentemente da locução ora empregada em texto legal — *liberdade de contratar* —, para reportar-se a essa aplicação do princípio da *autonomia da vontade* no Direito do Contratos (Pereira, 1995, Gomes, 1998; Rodrigues, 2002), advertindo que tal prerrogativa expõe-se, outrossim, a limites inspirados em razões de *utilidade social* (De Page, 1946, *apud* Gomes, 1998, p. 24), que, se não se explicitam porventura na *lei*, deduzem-se das noções de *ordem pública* — situação, mais ou menos estável, que corresponde às exigências atuais de organização econômico-político-social do agrupamento humano historicamente situado e politicamente organizado —, *ou de bons costumes* —, conjunto de comportamentos habitualmente adotados

---

<sup>6</sup> Mensagem nº160/75; Projeto de Lei nº634-B, de 1975, aprovado pela Câmara dos Deputados e publicado no D.O.U., de 17 de maio de 1984.

<sup>7</sup> Acham-se a ele apensados os Projetos de Lei nº7.070, nº 7.160 e nº7.312, todos de 2002. A proposição veio a ser arquivada, por despacho da Mesa, em 31 de dezembro de 2002, nos termos do artigo 105 do Regimento Interno; desarquivada, no início da nova legislatura, a teor do mesmo dispositivo regimental, acha-se em poder da Mesa, desde 10 de março de 2003.

<sup>8</sup> Sobre o assunto, ver, também Hironaka (2002, p. 79-86).



em determinadas circunstâncias, pelos membros desse agrupamento, em correspondência a suas crenças, convicções e preconceitos de índole moral<sup>9</sup>.

Ocorre, em segundo lugar, que da dicção original da lei transparece o intuito de deslocar, da *liberdade individual* para a *função social* do contrato, o *fundamento* da liberdade de contratar; e desse rearranjo, acaso procedente a interpretação, podem advir consequências interessantes.

4. É de toda a conveniência, pois, que se rememorem os três distintos e sucessivos momentos em que se manifesta, para a pessoa, a *liberdade de contratar*: como liberdade de celebrar, ou não, algum contrato; como liberdade de escolher a parte ou as partes desse contrato; e como liberdade de definir-lhe os exatos termos.

Em todas essas vertentes, a liberdade de contratar, que não ultrapasse embora as raiais da licitude, comporta conhecidos temperamentos.

Há hipóteses em que não se pode abster ou desligar da contratação, como nas da detenção de monopólio, de fato ou de direito, de uma atividade econômica, ou na de prorrogação compulsória da vigência do acordo. Outras, em que não há como eleger a parte da avença, como na da obtenção de certos serviços de utilidade pública. Outras, enfim, em que o conteúdo do ajuste é preordenado por regras cogentes.

Por sua evidente excepcionalidade, essas linhas de contenção à *liberdade de contratar* têm ficado naturalmente circunscritas a determinados setores da atividade econômica, parecendo revelar, contudo, tendência a expandir-se em direção às fronteiras da vida privada.

5. Cumpre, portanto, investigar o significado teórico e as implicações práticas da ideia de *função social do contrato*<sup>10</sup>, que a recente reforma do Código Civil vem de exaltar.

Ao justificar a iniciativa da codificação então em perspectiva, o Professor Miguel Reale (1972, p. 12-13), asseverou, em passagem como sempre elegante e iluminadora:

---

<sup>9</sup> Esses freios, conquanto não fixados em regra do Código Civil de 1916, eram invariavelmente delineados pela Doutrina e ganharam importância, no mencionado Projeto de Código de Obrigações, entre os princípios gerais aplicáveis aos contratos em geral, *verbis*: “Art. 288. Podem as partes, independentemente das normas especiais pertinentes às figuras típicas disciplinadas neste Código, determinar o conteúdo do contrato nos limites impostos pela lei, e sem ofensa dos bons costumes e da ordem pública”. No mesmo sentido, aliás, a proposta de mudança da redação do artigo 421, também preconizada no Projeto de Lei nº 6.960, de 2002, referido no texto.

<sup>10</sup> Nota da atualização: Ante a unificação dos direitos das obrigações civis e mercantis, também mereceu inserir ao Código Civil o art. 421, considerando a relevância dele na interpretação dos contratos interempresariais.



Um Código não é, em verdade, algo de estático ou cristalizado, destinado a embaraçar caminhos, a travar iniciativas, a provocar paradas ou retrocessos: põe-se antes como um balanço global das soluções normativas e dos modelos informadores da experiência vivida de uma Nação, a fim de que ela, graças à visão atualizada do conjunto, possa com segurança prosseguir em sua caminhada.

Pois bem, essa compreensão dinâmica e propulsora do que deva ser um Código implica uma atitude de natureza mais operacional, do que conceitual, no sentido de se preferir sempre configurar os modelos jurídicos com amplitude de repertório, de modo a possibilitar a sua adaptação às esperadas mudanças sociais, graças ao trabalho criador da Hermenêutica, que nenhum jurista bem informado há de considerar tarefa passiva subordinada. Foi meu cuidado, ao realizar a revisão e coordenação das distintas partes do Código, verificar esse sentido plástico e operacional das normas, conforme inicialmente assente como pressuposto metodológico comum, fazendo, para tal fim, as modificações e acréscimos que o confronto dos textos revela.

O que se tem em vista é, em suma, uma estrutura normativa concreta, isto é, destituída de qualquer apego a meros valores formais abstratos. Esse objetivo de concretude impõe soluções que deixam larga margem de ação ao juiz e à doutrina, com frequente apelo a valores como os de boa-fé, equidade, proibidade, finalidade social do direito, equivalência de prestações, etc., o que talvez não seja do agrado dos partidários de uma concepção mecânica ou naturalística do Direito, o qual, todavia, é incompatível com leis rígidas de tipo físico-matemático. A “exigência de concreção” surge exatamente da contingência insuperável dessa adequação criadora dos modelos jurídicos aos fatos sociais “in fieri”.

A estrutura do Código — e já se percebeu que quando emprego o termo estrutura não me refiro ao arcabouço extrínseco de suas normas, mas às normas mesmas na sua íntima e complementar unidade, ou à sua forma substancial e global —, essa estrutura é, por conseguinte, baseada no propósito que anima a Ciência do Direito, tal como se configura em nossos dias, isto é, como ciência da experiência social concreta.

6. No Código Civil 2002, pois, ao menos no plano das intenções confessadas, almejou-se destinar maior espaço para as denominadas *cláusulas gerais*, forras “*ao rigor positivista dos conceitos rígidos e das formas acabadas*” e desejavelmente dotadas de “aptidão para recolher os casos que a experiência social contínua e inovadoramente propõe a uma adequada regulação, com vistas a ensejar a formação de modelos jurídicos inovadores, abertos e flexíveis”, graças à utilização intencional de “[...] *uma linguagem de tessitura ‘aberta’, ‘fluida’ ou ‘vaga’*, com o propósito de conferir ao juiz um mandato para que, à vista dos casos concretos, possa criar, complementar ou desenvolver normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema” (Theodoro Júnior, 2003, p. XII, grifos do autor).

A esse propósito, relembra Judith Martins-Costa (1998, p. 131-132) que as cláusulas gerais:



[...] constituem as janelas, pontes e avenidas dos modernos códigos civis. Isto porque conformam o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico codificado, de princípios valorativos, ainda inexpressos legislativamente, de *standards*, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de conduta não previstos legislativamente (e, por vezes, nos casos concretos, também não advindos da autonomia privada), de direitos e deveres configurados segundo os usos do tráfico jurídico, de diretivas econômicas, sociais e políticas, de normas, enfim, constantes de universos meta-jurídicos, viabilizando a sua sistematização e permanente ressystematização no ordenamento positivo.

A adoção legislativa de cláusulas gerais e o deferimento ao Juiz da incumbência de descobrir o preceito ajustado à espécie que lhe é submetida à decisão ampliam sem dúvida as possibilidades do julgamento equidoso, quiçá apropriado às peculiaridades do caso concreto, mas não é, porém, infenso a riscos sérios:

O aplicador da lei, contudo, sofre a constante tentação de fazer prevalecer seus valores pessoais sobre os que a ordem jurídica adotou como indispensáveis ao sistema geral de organização social legislada. Nos ordenamentos que adotam tipos rígidos para sua conceituação normativa, os valores e princípios fundamentais são levados em conta pelo legislador, de maneira que o Juiz tem sua atividade exegética bastante reduzida e simplificada. Já num regime de normas principiológicas, cabe-lhe uma tarefa complicada e penosa, qual seja a de reconstruir todo o mecanismo axiológico da ordem constitucional cada vez que tiver de aplicar a cláusula geral da lei às necessidades do caso concreto (Theodoro Júnior, 2003, p. XVI).

7. Tal reforçado apelo à intervenção do Juiz não goza, demais disso, da unânime simpatia dos operadores do Direito, para alguns dos quais a utilização legislativa de conceitos vazios teria de fazer-se acompanhar da indicação de pistas materiais, capazes de facilitar o preenchimento de seu conteúdo e de desaguar em soluções rápidas para as situações que se apresentem, sem o recurso à tutela jurisdicional em sentido estrito (Azevedo, 1999), substituída então pela mais eficiente atuação de mecanismos, como os da arbitragem, ou no ambiente de organizações públicas ou sociais, como, *verbi gratia*, a Comissão de Valores Mobiliários ou o Conselho de Autorregulamentação Publicitária.

8. No Direito Brasileiro contemporâneo, tal anseio ter-se-á acolhido no tocante à *função social da propriedade*, que é de extração legislativa mais antiga e sobre cujo entendimento há apreciável literatura, porque inscrita, nesses termos, na Constituição Federal de 1967 (artigo 157, inciso III).



Anota Antônio Junqueira de Azevedo (2000) que a Constituição de 1988 não se limitou a proclamar que a propriedade haveria de atender à sua função social (*cf.* artigos 5º, incisos XXIII, e 170, inciso III), mas foi além, explicando “o que era função social, tanto no art. 182, § 2º<sup>11</sup>, para os imóveis urbanos, quanto, para a propriedade rural, no art. 186<sup>12</sup>. Ou seja, deu diretrizes, não fez um jogo de palavras retórico”.

Foi o que também fez, aliás, no concernente à propriedade predial urbana, o posterior Estatuto da Cidade (Lei nº10.257, de 10 julho de 2001)<sup>13</sup>.

Quanto à propalada *função social do contrato*, no entanto, não há roteiro legislativo que lhe aponte o rumo essencial; cuida-se, destarte, de um puro *conceito jurídico indeterminado*, agora incluído, sobranceiro, na primeira das Disposições Gerais do Código Civil de 2002 sobre matéria contratual (Parte Especial, Livro I, Título V).

9. Ao apresentar, no Anteprojeto, a referida regra legal, o Professor Miguel Reale proclamou que se visara a “[...] tornar explícito, como princípio condicionador de todo o processo hermenêutico, que a liberdade de contratar só pode ser exercida em consonância com os fins sociais do contrato, implicando os valores primordiais da boa-fé e da probidade”; antes, lembrara que o assunto fora versado “[...] em consonância com o imperativo da função social do contrato, ad instar do que se dá com o direito de propriedade” (Reale, 1972, p. 17-18).

Essa mesma aproximação foi reiterada no parágrafo único do artigo 2.035 do novo Código Civil, que irmanou a *função social do contrato* à *função social da propriedade*,

---

<sup>11</sup> “§2º. A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.”

<sup>12</sup> “Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I – Aproveitamento racional e adequado;

II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores”.

<sup>13</sup> “Art. 39. A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas, respeitadas as diretrizes previstas no art. 2º desta Lei.”



conferindo-lhes o igual papel de referência escatológica para a identificação dos “preceitos de ordem pública”, contra os quais nenhuma convenção haveria de prevalecer.

10. Tal assemelhação entre a propriedade e o contrato, ambos pilares jurídicos básicos de sustentação da vida econômica privada, sugeriu a alguns reservar à sua função social simples papel de baliza para evitamento de danos e outrem.

Essa orientação, porém, se de um lado parece desprezar as características distintivas desses institutos, não logra explorar, de outro lado, as potencialidades mais generosas da asserção de que lhes cabe cumprir sua função social.

Deveras. A Ciência Jurídica encara o *direito de propriedade* como um poder direto e imediato sobre coisas, que se afirma perante todos e cujo desfrute não supõe a contribuição pessoal de qualquer de seus sujeitos passivos, individualizáveis apenas em caso de infração do correspondente dever. Tal *eficácia absoluta, erga omnes*, instaura, por seu feitio, campo favorável a exercício em detrimento do interesse desses sujeitos passivos.

Contrato, diversamente, é negócio jurídico bilateral ou plurilateral tendente à inserção do figurante em relação jurídico-obrigacional, na busca de satisfação de interesse suscetível de repercussão econômica.

Compõe-se com a manifestação concorde de vontade das partes, as quais, nada concorrendo de adverso, quedam-se todas, senão apenas uma delas, conseqüentemente adstritas à realização de certa conduta, ativa ou omissa, em benefício de outrem, a quem se atribui a titularidade do correspondente *direito de crédito*.

Dessa compreensão resulta que os efeitos jurídicos do contrato se restringem aos que intervieram em sua celebração, não alcançando terceiros; o contrato tem, pois, *eficácia relativa* — *res inter alios acta, nec aliis nocet, nec prodest*<sup>14</sup>.

Nessa dimensão, prejuízos porventura experimentados em decorrência do exercício do domínio ou do crédito previnem-se ou reparam-se na conformidade das regras jurídicas sobre a *ilicitude*, absoluta ou relativa, não urgindo, para permiti-lo, a invocação da *função social* da

---

<sup>14</sup> A estipulação em favor de terceiro (Código Civil, artigos 436-438), a *promessa de fato de terceiro* (Código Civil, artigos 439-440) e o *contrato com pessoa a declarar* (Código Civil, artigos 467-471) não são, a rigor, exceções ao *princípio da relatividade dos efeitos do contrato*, por isso que o envolvimento de não figurantes invariavelmente supõe a sua prévia aquiescência.



propriedade ou do contrato; basta-lhe um dos princípios fundantes da Ciência Jurídica, segundo Ulpiano: *neminem laedere*.

11. Em verdade, a ideia de *função social*, aludindo, substantivamente, à ação natural e própria de um ser, tem força motriz que denota impulso à frente, em busca da consecução de uma finalidade, finalidade essa que sua adjetivação reclama seja proveitosa ao interesse geral.

É sob a influência dessa visão positiva que se há de configurar a função a um só tempo econômica e social do contrato.

Expediente técnico-jurídico de disponibilização de riquezas, o contrato tem por função econômico-social servir à satisfação das necessidades das pessoas, na conformidade dos valores que o agrupamento humano politicamente organizado e historicamente localizado consagra em ordem à sua preservação e desenvolvimento.

12. O operador do Direito há de trabalhar, porém, com o instrumental técnico e os marcos teóricos de sua Ciência, no interior de um sistema normativo escalonado e complexo, estruturado em função de postulados e metas hierarquizados e de diferentes amplitudes.

Não pode ignorar, pois, que, no Estado de Direito, a ordenação superior e última dos *fins sociais* reside nas normas da Constituição, tradutoras, aqui e agora, do projeto de vida em comum que anima o grupo social historicamente situado e politicamente organizado, enunciando os princípios fundamentais a que deve obediência a sua atuação.

Reportando-se à:

Técnica legislativa que se utiliza de cláusulas gerais, exatamente para que o intérprete tenha maior flexibilidade no sentido de, diante do fato jurídico concreto, fazer prevalecer os valores do ordenamento em todas as situações novas que, desconhecidas do legislador, surgem e se reproduzem como realidade mutante na sociedade tecnológica de massa (Tepedino, 1999, p. 207-208),

Gustavo Tepedino alerta:

Tal alteração metodológica implica a superação de outro grande equívoco, já acima acenado, em que incorrem os operadores do Direito e os civilistas em particular: a consideração dos princípios constitucionais como meros princípios gerais de direito, não como normas jurídicas diretamente aplicáveis aos casos concretos. O Código Civil seria o verdadeiro estatuto constitucional do direito privado, de tal modo que os princípios constitucionais, além de funcionarem como limite ao legislador ordinário, se constituiriam em princípios gerais de Direito, utilizados de maneira apenas indireta pelo intérprete.

Ora, o constituinte de 1988, não satisfeito em fixar normas gerais em cada capítulo da Constituição, deu-se ao trabalho de estabelecer regras precedentes (até mesmo do



ponto de vista da localização topográfica) a todas as outras, que definem a tábua de valores do ordenamento jurídico brasileiro. Tais normas constitucionais, em particular aquelas dispostas nos arts. 1º a 4º, são os preceitos fundamentais da ordem jurídica e, portanto, as mais importantes do ponto de vista interpretativo, a menos que se quisesse atribuir ao constituinte o papel de dispor palavras inúteis, ou ociosas – o que seria tecnicamente absurdo.

Daqui decorre que a consideração de tais normas como princípios gerais de Direito significaria adotá-las, nas relações privadas, somente na hipótese de inexistir lei infraconstitucional prevista especificamente para o caso concreto, ausente ainda a possibilidade de analogia e sendo impossível recorrer aos costumes, nos termos do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil [...] (Tepedino, 1999, p. 207-208).

A Carta constitucional não se constitui em mera Carta política, como querem muitos, revestindo-se ao revés no mais importante diploma jurídico dentro da hierarquia do ordenamento. Disso resulta que os princípios dispostos na Constituição devem sobrepor-se, na atividade de aplicação, subsunção e interpretação das leis, a toda e qualquer norma infraconstitucional, consideradas portanto como normas jurídicas com precedência sobre o Código Civil, a legislação especial, a analogia e os costumes, não se confundindo, em qualquer hipótese, com os princípios gerais de direito de que trata o aludido art. 4º da Lei de Introdução.

Destoam, pois, de sua *função social* o domínio e o crédito, quando constituídos ou exercidos em desacordo com quaisquer dos fundamentos ou objetivos reconhecidos à República pela Constituição Federal (artigos 1º e 3º).

13. Tal desconformidade a direito, uma vez detectada, intuitivamente expõe-se a ser combatida pelas armas que o próprio sistema jurídico disponibiliza; entre elas, e já agora no terreno especificamente contratual, a da *invalidação*, total ou parcial, em face da *ilicitude nulificante* ocorrida.

Sob este ângulo de análise, pois, só aparentemente a *função social* é parâmetro novo para a liberdade de contratar.

De fato. Nada obstante reputem-se livres as pessoas para determinar, com a só exteriorização de sua vontade, a irradiação de efeitos jurídicos adequados ao atendimento de seus interesses, tal licença não lhes permite afrontar a *lei*, nem contravir à *ordem pública* ou aos *bons costumes*; e “[...] a ordem pública mais evidente e mais intensa está localizada na Constituição” (Theodoro Júnior, *apud* Gomes, 1998, p. 35).



14. É ainda modesta, no entanto, essa constatação, em face do discurso jurídico progressista e modernizador, que a promulgação do Código Civil de 2002 suscitou.

Defendendo a regra do artigo 421 do novo Código Civil, afirmara o Professor Miguel Reale (1984, p. 10) que:

[...] o contrato é um elo que, de um lado, põe o valor do indivíduo como aquele que a cria; mas, de outro lado, estabelece a sociedade como o lugar onde o contrato vai ser executado e onde vai receber uma razão de equilíbrio e de medida', devendo, de conseguinte, 'ser analisado em razão de sua função social'.

Dessa forma, a expressa remissão legal à *função social do contrato*, feita no limiar da disciplina geral desse negócio jurídico de Direito das Obrigações, tem igualmente uma vocação pedagógica, na medida em que concita a Doutrina e a Jurisprudência a contemplarem, em seu mister, os fundamentos e objetivos da República, tais como arrolados na Constituição Federal.

15. Entre esses fundamentos e objetivos, sobressaem, por passíveis de pronta repercussão na esfera privada dos sujeitos de direito, os que dizem com “a cidadania” (artigo 1º, inciso II), com “a dignidade da pessoa humana” (artigo 1º, inciso III), com “os valores sociais do trabalho” (artigo 1º, inciso IV) e, em especial, com a construção de “uma sociedade livre, justa e solidária” (artigo 3º, inciso I).

Foram valores de semelhante envergadura que recomendaram, ao longo do século passado, a progressiva intervenção do Estado nos lindes do Direito Privado, em clara limitação da liberdade de contratar, quer pela definição do feitiço impositivo de várias regras legais, quer pela gradual redução da abrangência do Código Civil<sup>15</sup>, de cuja autoridade inteiros setores da atividade econômica foram sendo a pouco e pouco subtraídos: de início, mediante *legislação de emergência*, que se pressupunha “episódica, casuística, fugaz, não sendo capaz de abalar os alicerces da dogmática do direito civil”; em seguida, por “uma sucessão de leis que disciplinam, sem qualquer caráter emergencial ou conjuntural, matérias não previstas pelo codificador”, dando margem a “[...] um direito especial, paralelo ao direito comum estabelecido pelo Código Civil”; finalmente, pela edição de diplomas legislativos, que “[...] não se circunscrevem a tratar do direito substantivo, mas, no que tange ao setor temático de incidência, introduzem

---

<sup>15</sup> Para uma segura e concisa exposição do assunto, ver Tepedino (1999).



dispositivos processuais, não raro instituem tipos penais, veiculam normas de direito administrativo e estabelecem, inclusive, princípios interpretativos” (Tepedino, 1999).

O mais proeminente desses microssistemas legislativos, por causa de sua inequívoca matriz constitucional (*cf.* Constituição Federal, artigos 5º, inciso XXXII; 150, §5º; e 170, inciso V; Disposições Transitórias, artigo 48), é o assim chamado Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990), a que Doutrina e Jurisprudência têm sabido dedicar correta e eficiente atenção, provocando, de um lado, um inescandível revigoramento dos estudos jurídicos na área do Direito Privado e, de outro lado, um animador empenho na realização da Justiça, em horizontes mais largos do que os entrevistos na legislação civil geral.

16. Em panorama como esse, os esforços de atualização do Código Civil de 1916, que vieram à tona já nos primórdios da segunda metade do século passado<sup>16</sup>, acenavam com a sua sonhada realocação no epicentro do Direito Privado, como um estatuto de diretrizes gerais e consistentes, comuns a todo o correspondente sistema de regras e princípios jurídicos.

Os anos desde então decorridos e a consolidação de experiências mais avançadas de normatização legal conspiram, porém, contrariamente a esse desiderato, já agora só plenamente atingível por meio de inteligente intercâmbio, em caminho de mão dupla, entre os ditames da legislação extravagante e os do Código Civil, uniformizados à sombra das opções constitucionais<sup>17</sup>.

“Trata-se, em uma palavra”, pontificou Gustavo Tepedino no já longínquo ano de 1992:

[...] de estabelecer novos parâmetros para a definição de ordem pública, relendo o direito civil à luz da Constituição, de maneira a privilegiar, insista-se ainda um vez, os valores não patrimoniais e, em particular, a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento da sua personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva, para cujo atendimento devem se voltar a iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais (Tepedino, 1999, p. 22).

17. Nesse enfoque, as normas do vigente Código Civil, precipuamente as que remetem à *função social do contrato* (artigos 421 e 2.035, parágrafo único), mas não só elas, também as

---

<sup>16</sup> Em 1965, com o Projeto de Código Civil, baseado em Anteprojeto de 1963, confeccionado por Orlando Gomes, e com o já citado Projeto de Código das Obrigações, de Caio Mário Da Silva Pereira.

<sup>17</sup> Nota da atualização: O desafio persiste, atualmente, conforme ensina Tepedino (2014), quando reconhece que institutos fundamentais como a autonomia privada devem, constantemente, buscar harmonizar suas fontes normativas a partir dos valores e princípios constitucionais.



que demandam guardem os contratantes, “[...] assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e da boa-fé” (artigo 422); e as que condenam a onerosidade excessiva (artigos 156-157 e 478-480), porque radicadas no mesmo objetivo fundamental da edificação de uma sociedade livre, justa e solidária (Constituição Federal, artigo 3º, inciso I), lançam uma ponte de ouro<sup>18</sup> em direção a análogas diretrizes de outros diplomas legais concomitantemente em vigor, entre eles, e com preponderância, o Código de Defesa do Consumidor e seu operacional núcleo de princípios, de onde se podem colher, por força do argumento a *pari ratione*, várias soluções propícias à concretização prática da vontade constitucional.

Em fim de contas, agente político de específica formação técnica, incrustado na estrutura de um dos Poderes de Estado, o Juiz não pode despedir-se, nem desviar-se, da missão de “construir uma sociedade livre, justa e solidária”, nem mesmo sob a desculpa da observância do princípio da legalidade estrita (Constituição Federal, artigo 5º, inciso II).

A delegação, tira-a o Juiz diretamente da Lei Maior, onde a tríade — liberdade, justiça, solidariedade —, inculpida em seu pórtico, não condescende com a outorga a uma de qualquer superioridade sobre as demais; antes, inelutavelmente pede que se coordenem e componham, de jeito que a liberdade não sacrifique a justiça, nem prescindida da solidariedade; a justiça não minimize a liberdade, nem comprometa a solidariedade; a solidariedade não atropela a liberdade ou arrote a justiça.

A fidelidade do operador do Direito a esse programa ganha agora renovado estímulo diante da parêmia, consoante a qual a liberdade de contratar deve exercer-se em razão e nos limites da *função social do contrato*; e essa parece ser, em resumo, a sua maior virtude.

---

<sup>18</sup> Nota da atualização: Tal “ponte de ouro” a que alude o autor, visionário e sensível na interpretação do Direito Privado, se fortaleceria, ante a construção doutrinária do Direito Civil-Constitucional, desenvolvida por Pietro Perlingieri (1999), a qual, em apartada síntese, é a incorporação ao discurso jurídico do direito privado, os valores constitucionais. Dita ‘ponte de ouro’ apontada pelo autor, também merece destaque, na metodologia denominada “diálogo das fontes”, a qual foi desenvolvida por Erik Jayme, e introduzida no Brasil por Cláudia Lima Marques. Dita metodologia, conforme a autora, permite incorporar ao discurso jurídico grande número de normas, privilegiando aquelas que promova de forma mais precisa a interação com os valores constitucionais e com os direitos humanos (Marques, 2004, p. 49).



## REFERÊNCIAS

- Azevedo, A. J. Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de código civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. *Revista dos Tribunais*, v. 775, p. 11-17, 2000.
- Azevedo, A. J. O direito pós-moderno e a codificação. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 94, p. 3-12, 1999.
- Gomes, O. *Contratos*. 18. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1998.
- Hironaka, G. M. F. N. *Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado*. *Revista do Advogado*, ano XXII, n. 68, p. 79-86, 2002.
- Marques, C. L. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 51, p. 34-67, 2004.
- Martins-Costa, J. O Direito Privado como um “Sistema em Construção”: as Cláusulas Gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 15, p. 129-154, 1998.
- Pereira, C. M. S. *Instituições de Direito Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. 3.
- Perlingieri, P. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- Reale, M. *Anteprojeto de Código Civil*. Brasília: Comissão de Estudos Legislativos do Ministério da Justiça, 1972.
- Reale, M. *O Projeto de Código Civil: situação atual e seus problemas fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1984.
- Rodrigues, S. *Direito Civil*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 3.
- Tepedino, G. Evolução da autonomia privada e o papel da vontade na atividade contratual. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, n. 53, p. 141-154, 2014.
- Tepedino, G. *Temas de Direito Civil: as relações de consumo e a Nova Teoria Contratual*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- Theodoro Júnior, H. *Comentários ao Novo Código Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. III, tomo I.

