

Leonardo B. PÉREZ GALLARDO

Marcelo AMORÍN PISA

(Coordinadores)

EL DERECHO CONTRACTUAL EN CLAVE CONSTITUCIONAL

Edición al cuidado de
Carlos Antonio Agurto Gonzáles
Sonia Lidia Quequejana Mamani
Benigno Choque Cuenca



Título: El Derecho contractual en clave constitucional.

© Leonardo B. Pérez Gallardo
Marcelo Amorín Pisa
(Coordinadores)

Primera edición en Ediciones Olejnik: 2021.

© Copyright de la presente edición:
Ediciones Olejnik
Huérfanos 611, Santiago-Chile
E-mail: contacto@edicionesolejnik.com
Web site: <http://www.edicionesolejnik.com>

ISBN: 978-956-392-955-3

Diseño de carátula: Ena Zuñiga

Diagramación: Hayden Méndez. hayden.mendezq@gmail.com

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de la presente edición de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin la autorización escrita de los titulares del "Copyright".

Impreso en Argentina

2021

Printed in Argentina

O CÓDIGO CIVIL DE 2002, A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E A DECLARAÇÃO DE DIREITOS DE LIBERDADE ECONÔMICA

Lucas ABREU BARROSO

Professor de Direito privado na Universidade Federal do Espírito Santo,
Advogado.

Pablo MALHEIROS DA CUNHA FROTA

Professor de Direito civil e Processo civil na Universidade Federal de
Goiás,
Advogado.

Daniella GONÇALVES STEFANELLI

Graduada em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo,
Advogada.

SUMÁRIO:

1. O Código Civil de 2002 e os princípios sociais dos contratos: a função social. 2. A inovação e a inquietação provocada pelo princípio da função social do contrato. 3. Declaração de Direitos de Liberdade Econômica e desafios ao princípio da função social do contrato.

1. O CÓDIGO CIVIL DE 2002 E OS PRINCÍPIOS SOCIAIS DOS CONTRATOS: A FUNÇÃO SOCIAL

É perceptível a opção do Código Civil brasileiro de 2002 pelos *princípios*,¹ o que, por óbvio, inclui o direito dos contratos. PAULO LÔBO classifica os princípios

1 LÔBO, Paulo, *Direito civil: contratos*, 4ª ed., Saraiva, São Paulo, 2018, p. 54.

contratuais em *individuais* e *sociais*.² Os individuais, baseados no “modelo de contrato que se desenhou durante a hegemonia do individualismo liberal, corporificando nas codificações a concepção iluminista da autodeterminação individual”,³ a saber: autonomia privada negocial, força obrigatória e relatividade dos efeitos do contrato. Os sociais, “correspondentes ao modelo do constitucionalismo social”,⁴ são: função social, boa-fé objetiva e equivalência material.

Cumpre, desde logo, esclarecer como os autores compreendem os princípios jurídicos. A partir da tese da *descontinuidade*,⁵ para além de seu deslocamento dos códigos de inspiração oitocentista para as constituições da tradição do segundo pós-guerra e do reconhecimento de sua normatividade, “os princípios jurídico-constitucionais se caracterizam por instituir o mundo prático no Direito”.⁶

Tal institucionalização impõe ao juiz o dever de decidir “de forma adequada”.⁷ Assim, “a normatividade assumida pelos princípios possibilita um ‘fechamento interpretativo’ próprio da blindagem hermenêutica contra discricionarismos judiciais”.⁸ Ainda, a normatividade “retira seu conteúdo normativo de uma convivência intersubjetiva que emana dos vínculos existentes na moralidade política da comunidade”.⁹

Assim, os princípios “são vivenciados (‘faticizados’) por aqueles que participam da comum-idade política e que determinam a formação de uma sociedade”. Daí exsurge a sua constitucionalidade.¹⁰ E, por isso, os princípios são deontológicos: “um padrão decisório que se constrói historicamente e que gera um dever de obediência nos momentos posteriores”.¹¹

2 *Ibidem*, p. 55.

3 *Idem*, p. 55.

4 *Idem*.

5 Segundo ela propõe, os princípios constitucionais (princípios pragmático-problemáticos) superaram o significado de princípios gerais do direito enquanto conceito de princípio. Vide STRECK, Lenio Luiz, *Verdade e consenso*, 6ª ed., Saraiva, São Paulo, 2017, pp. 93-95.

6 STRECK, L. L., *Dicionário de hermenêutica*, 2ª ed., Letramento, Casa do Direito, Belo Horizonte, 2020, p. 374.

7 *Ibidem*.

8 *Idem*.

9 *Idem*.

10 STRECK, L. L. *Verdade e consenso*, 6ª ed. rev. e ampl., Saraiva, São Paulo, 2017, pp. 94-95.

11 STRECK, L. L., Entrevista concedida a Pedro Canário: “Direito não pode ser corrigido por valores morais”, *Conjur*, São Paulo, 2012, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-abr-02/valores-morais-nao-podem-nortear-principios-juridicos-lenio-streck>, acesso em: 21 nov. 2020. Complementa: “Isto é, os princípios funcionam pelo código lícito-ilícito. Nessa perspectiva, princípios são normas *stricto sensu*. São um ‘dever ser’. Não são meramente conselhos ou mandados de otimização. Ou seja, princípios não são valores. Dizendo de outro modo: tratar princípios teleologicamente é submeter direitos e garantias

Com efeito, os princípios “não podem ser criados *ad hoc*, sem vínculos históricos, pois não são passíveis de um controle intersubjetivo de seus sentidos juridicamente possíveis”.¹² Dessa forma, devem refletir “um sentido constitucional reconhecido em nossa comunidade de modo vinculante, ainda que passível de exceções”.¹³

Uma destacada característica dos princípios é a transcendência (“atravessamento da porosidade das regras”).¹⁴ Um princípio é um princípio “em face daquilo que ele enuncia”.¹⁵ Perceber o princípio faz com que ele “seja o elemento que termina desvelando-se e, ao mesmo tempo, ocultando-se na própria regra”.¹⁶ Disso decorre que uma regra será sempre interpretada “em face do seu princípio instituidor”.¹⁷

O recurso aos princípios pelo Código Civil brasileiro de 2002 demonstrou a utilização de técnica legislativa avançada, embora se tenha deixado acorrentar pela concepção axiológica – concernente ao paradigma Estado Social de Direito.¹⁸ Dele resultaram os princípios informadores da vigente codificação civil: *eticidade, socialidade e operabilidade*.

A socialidade busca transpor o viés individualista e patrimonialista proposto pelo Código Civil brasileiro de 1916, por meio da prevalência dos interesses sociais em detrimento de interesses meramente individuais.¹⁹ A previsão da função social do contrato (art. 421), da boa-fé objetiva (art. 422) e da equivalência material (arts. 423 e 424, entre outros) pelo Código Civil torna inequívoca a consagração da socialidade na contratualidade nacional.²⁰

a um cálculo de custo e benefício, dispensando a sua obrigatoriedade e condicionando-os a pontos de vista parciais”.

12 STRECK, L. L., *Dicionário...*, cit., p. 374.

13 *Ibidem*.

14 *Idem*, p. 375.

15 *Idem*.

16 *Idem*.

17 *Idem*.

18 SOARES, Mário Lúcio QUINTÃO e Lucas ABREU BARROSO, “Os princípios informadores do novo código civil e os princípios constitucionais fundamentais: lineamentos de um conflito hermenêutico no ordenamento jurídico brasileiro”, *Revista de Direito Privado*, v. 14, São Paulo, pp. 49-54, abr./2003, versão digital; LÔBO, P., *Direito civil...*, cit., p. 64: “O firme propósito de trazer o CC/2002 ao contexto e à ideologia do Estado social foi destacado pelos autores do projeto, nomeadamente por Miguel Reale, quando se refere à diretriz de ‘socialidade’, que o teria informado”.

19 SOARES, M. L. QUINTÃO e L. ABREU BARROSO, “Os princípios informadores...”, cit., pp. 49-54, abr./2003, versão digital: “Metodologicamente, a nuança conservadora de Miguel Reale subjaz no novo Código Civil, entronizando, na perspectiva da eticidade e da socialidade, os bens culturais reconhecidos e aceitos pela comunidade em geral”.

20 BARROSO, L. ABREU, *A realização do direito civil: entre normas jurídicas e práticas sociais*, Juruá, Curitiba, 2011, p. 19.

Paulo LÔBO²¹ ensina que “a compreensão que se tem hoje dos princípios sociais do contrato não é mais de antagonismo radical aos princípios individuais, pois estes como aqueles refletiram etapas da evolução do direito contratual e do próprio Estado moderno. No Estado social os princípios individuais são compatíveis quando estão orientados pelos princípios sociais, cuja prevalência se dá quando não são harmonizáveis, depois de tentada a interpretação conforme”.

Fernando NORONHA esclarece que a função social não é uma descoberta do Código Civil, tampouco privativa dos contratos: “todo direito tem uma função social, que dispensa referência expressa”.²² No século XX, a função social dos direitos foi enunciada pelas constituições, com destaque para a propriedade. Nas palavras de Miguel REALE, supervisor da comissão elaboradora e revisora do Código Civil, “o reconhecimento da função social do contrato é mero corolário dos imperativos constitucionais relativos à função social da propriedade e à justiça que deve presidir a ordem econômica”.²³

A função social, buscando harmonizar os postulados jurídicos e as relações econômicas e sociais, extrapolou o direito de propriedade e chegou aos contratos, imprimindo-lhes uma nova compreensão, condicionadora do livre exercício da autonomia privada e da plena liberdade contratual em proveito dos interesses sociais:²⁴ “Não obstante a função social do contrato (aspecto dinâmico da atividade econômica) esteja constitucionalmente inserida na previsão geral da função social da propriedade (aspecto estático da atividade econômica) enquanto princípio-base da ordem econômica (art. 170, II, da CF), torna-se impreterível a observância de todos os aspectos que aquela contempla, tendo em vista garantir a dignidade dos contratantes, conforme os ditames da justiça social”.²⁵

O art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei n.º 4.657/1942) dispõe: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. Portanto, quaisquer direitos, mesmo aqueles de *finalidade egoística*, “como são todos os direitos de crédito (entre os quais se inserem os resultantes de contratos)”,²⁶ devem obediência à função social.

21 LÔBO, P., *Direito civil...*, cit., p. 65.

22 NORONHA, Fernando, *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*, Saraiva, São Paulo, 1994, p. 83.

23 REALE, Miguel, *O projeto de código civil: situação atual e seus problemas fundamentais*, Saraiva, São Paulo, 1986, p. 32.

24 BARROSO, L. ABREU e A. Z. MORRIS, *Direito dos contratos*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008, p. 43.

25 *Ibidem*, p. 44.

26 NORONHA, F., *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*, Saraiva, São Paulo, 1994, p. 83.

O exercício de um direito de crédito (contratual), de modo contrário à realização de fins sociais, caracteriza *abuso de direito*, na conformidade do art. 187 do Código Civil e, destarte, um ato antijurídico: “*Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes*”.

Todo esse pensamento encontra-se sintetizado na redação original do art. 421 do Código Civil: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.²⁷

2. A INOVAÇÃO E A INQUIETAÇÃO PROVOCADA PELO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

O tratamento conferido pelo legislador à função social no âmbito dos contratos foi recebido com grande euforia por considerável parcela dos civilistas brasileiros, que viram no art. 421 do Código Civil “uma nova e interessante extensão do conceito”²⁸ de função social, o qual, segundo SALOMÃO FILHO, passou “de uma limitação a uma situação estática de propriedade para um instrumento de controle das relações sociais”²⁹ mais abrangentes.

O texto normativo do art. 421 do Código Civil tem sido fundamental no gradativo processo de superação do individualismo patrimonialista impregnado na tradição da contratualidade nacional. Trata-se, na verdade, de um fenômeno iniciado com a Constituição Federal de 1988, quando instituiu uma ordem jurídica voltada “à consolidação e à garantia dos direitos humano-fundamentais”.³⁰

Outra relevante contribuição do art. 421 do Código Civil é o reconhecimento de que os efeitos dos contratos não ficam restritos às partes que o celebraram. A ideia de contrato como “vínculo bilateral que une indivíduos isolados, cujos interesses são contrapostos”,³¹ estava em desacordo com o paradigma jurídico adotado pelo Código Civil de 2002, o que demandou uma leitura constitucional do contrato. Este é conceituado hoje por PAULO NALIN como uma “relação jurídica subjetiva, nucleada na solidariedade constitucional,

27 BARROSO, L. ABREU e A. ZOE MORRIS BARROSO, *Direito dos contratos, cit.*, p. 45: Vale ressaltar “o equívoco cometido pelo legislador – ao invés de liberdade de contratar (dimensão subjetiva da vontade: celebrar o contrato ou não) está nitidamente se referindo à liberdade contratual (dimensão objetiva da vontade: poder de estabelecer o conteúdo do contrato)”.

28 SALOMÃO FILHO, Calixto, “Função social do contrato: primeiras anotações”, *Revista dos Tribunais*, a. 93, v. 823, São Paulo, maio 2004, p. 67.

29 *Ibidem*, p. 69.

30 HOFFMAM, Fernando, Larissa NUNES CAVALHEIRO, Valéria RIBAS DO NASCIMENTO, “O constitucionalismo principiológico como condição de possibilidade para a concretização dos direitos humano-fundamentais”, *Revista Eletrônica Direito e Política*, v. 6, n. 1, Itajaí, pp. 101-119, abr. 2011, p. 110.

31 MARTINS-COSTA, Judith, “Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos”, *Revista Direito GV*, v. 1, n. 1, São Paulo, maio 2005, p. 54.

destinada à produção de efeitos jurídicos existenciais e patrimoniais, não só os entre titulares subjetivos da relação, como também perante terceiros”,³² explicitando a percepção dos vínculos contratuais como fatos sociais.³³

Claudio GODOY, ao cindir os planos dos efeitos dos contratos em *intra partes* e *ultrapartes*, afirmou que a função social tem em ambos igual projeção. Contudo, incide primeiro nos contratantes, para, em seguida, recair no corpo social.³⁴ Quis o autor esclarecer que a função social implica, ao menos teoricamente, a tutela interna e a tutela externa do direito de crédito (contratual).

Indiscutível que a positivação do princípio da função social do contrato pela vigente codificação civil brasileira modificou não apenas a conformação, como também a finalidade e o regime desse instituto jurídico,³⁵ impondo aos contratantes “o dever de perseguir não apenas os seus interesses particulares, mas também a realização e a promoção de valores constitucionais, atendendo-se a interesses extracatuais relevantes do ponto de vista social, a fim de justificar uma tutela jurídica pelo ordenamento”.³⁶

Entretanto, passadas quase duas décadas da edição do Código Civil de 2002 a festejada inovação legislativa ainda não alcançou a plena efetividade, nem mesmo a ampla operabilidade, que aquela considerável parcela dos civilistas brasileiros esperava de um princípio social incidente sobre todo o Direito dos Contratos.

Com o passar do tempo, a euforia inicial foi aos poucos substituída por certo inconformismo diante da postura do legislador infraconstitucional. Apoiado em suposta ausência de sentido lógico no seu texto normativo,³⁷ propôs, ainda no período da *vacatio legis* (11/01/2002 a 10/01/2003), o Projeto de Lei n.º 6.960/2002, atribuindo nova redação ao art. 421 do Código Civil: “A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato”.

A *justificação* do autor do projeto de lei para a alteração redacional objetivava a substituição da expressão “liberdade de contratar” por “liberdade

32 NALIN, Paulo, *Do contrato: conceito pós-moderno – Em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*, 2ª ed., Juruá, Curitiba, 2006, p. 253.

33 MARTINS-COSTA, J., “Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos”, *Revista Direito GV*, v. 1, n. 1, São Paulo, maio 2005, p. 54.

34 GODOY, Claudio Luiz BUENO DE, *Função social do contrato: de acordo com o novo código civil*, 2ª ed., Saraiva, São Paulo, 2007, p. 134.

35 RAMOS, André Luiz ARNT, “Segurança jurídica e enunciados normativos deliberadamente indeterminados: o caso da função social do contrato”, Tese (Doutorado) - Curso de Direito das Relações Sociais, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019, p. 155.

36 NEVES, Thiago FERREIRA CARDOSO, “O princípio da função social dos contratos nos 15 anos de vigência do código civil: análise crítica de sua aplicação pela doutrina e jurisprudência”, *Revista Científica da Academia Brasileira de Direito Civil*, Juiz de Fora, v. 3, n. 2, 2018, p. 8.

37 TARTUCE, Flávio, *Função social dos contratos: do código de defesa do consumidor ao código civil de 2002*, Método, São Paulo, 2007, p. 241.

contratual”, opção com a qual coautor deste estudo já concordou.³⁸ Também buscava a supressão da expressão “em razão”, pois, de acordo com o Deputado Ricardo FIUZA: “A liberdade contratual está limitada pela função social do contrato, mas não é a sua razão de ser”.³⁹ Divergiu neste ponto coautor deste estudo em publicação anterior.⁴⁰

Embora o Projeto de Lei n.º 6.960/2002 tenha sido arquivado, sua proposição foi suficiente para evidenciar que a inquietação provocada pelo art. 421 do Código Civil decorre precipuamente da amplitude atribuída ao princípio da função social do contrato. Talvez influenciadas por ele, a doutrina e a jurisprudência pátrias não chegaram a um acordo, ainda que mínimo, em torno da *applicatio* do art. 421 do Código Civil.⁴¹

Tanto assim que o Superior Tribunal de Justiça, corte responsável por uniformizar a interpretação da lei federal no Brasil, até o momento não alcançou unidade de entendimento sobre o tema, sendo corriqueiro utilizar a função social do contrato como argumento retórico “para afastar a força obrigatória dos contratos, [como, também, a sua relatividade,] a fim de livrar o contratante da obrigação por ele assumida quando da celebração do negócio”,⁴² mesmo em casos não relacionados ao seu conteúdo, o que ocasiona seu esvaziamento e retira sua importância.⁴³

Por outro lado, é notório que “a função social dos contratos tem sido empregada tanto como mecanismo de proteção dos vulneráveis e de promoção da justiça social, quanto para proteção de grandes empresários, em prol de interesses exclusivamente patrimoniais, sendo, portanto, verdadeiramente contraditória a sua aplicação”,⁴⁴ o que, inevitavelmente, contribui para a perda de sua força normativa.

André RAMOS traz dados alarmantes sobre a utilização do princípio da função social do contrato pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, o que indica que os problemas envoltos na inadequada interpretação/aplicação do princípio tendem a ser igualmente de ordem institucional: em

38 BARROSO, L. ABREU e A. Z. MORRIS BARROSO, *Direito dos contratos*, cit., p. 45.

39 Cf. https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=0FCD182C5E077F3D0A8E687EBBD7F1CD.proposicoesWebExterno2?codteor=50233&filename=PL+6960/2002

40 BARROSO, L. ABREU, “Causa e função social: a ordem pública e o interesse coletivo nas relações contratuais”, em Leonardo Carneiro da Cunha et al. (org.), *Relações e influências recíprocas entre direito material e direito processual: estudos em homenagem ao Prof. Torquato Castro*, JusPodivm, Salvador, 2017, pp. 229-234.

41 A propósito, ver BERALDO, Leonardo DE FARIA, *Função social do contrato: contributo para a construção de uma nova teoria*, Del Rey, Belo Horizonte, 2011, pp. 49-114.

42 NEVES, Thiago FERREIRA CARDOSO, “O princípio da função social dos contratos nos 15 anos de vigência do código civil: análise crítica de sua aplicação pela doutrina e jurisprudência”, *Revista Científica da Academia Brasileira de Direito Civil*, v. 3, n. 2, Juiz de Fora, 2018, p. 3.

43 *Ibidem*, p. 14.

44 *Ibidem*, p. 3.

“68 % das decisões que invocaram a função social do contrato, seu uso se restringiu a ‘mera menção na fundamentação’, bem assim que em 16 % dos casos, a referência ao sintagma consta apenas da ementa do julgado. É dizer que: em 84 % dos casos analisados fez-se tudo menos aplicar a função social como normativa – o que é dado alarmante, mesmo se comparado aos demais princípios do Direito dos Contratos”.⁴⁵

A parte mais conservadora da comunidade jurídico-política brasileira viu-se legitimada para insurgir-se contra a função social do contrato a partir da eleição do Presidente Jair Bolsonaro, acompanhada da composição do Congresso Nacional com o maior número de **militares, policiais, religiosos e ruralistas desde o ano do Golpe Militar que instaurou a ditadura no País (1964)**.

No mesmo ano da posse presidencial e parlamentar (2019) foi editada a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, por meio da Lei n.º 13.874, de 20 de setembro, alterando o art. 421 do Código Civil muito além do proposto pelo Projeto de Lei n.º 6.960/2002 e impondo grandes desafios ao princípio da função social do contrato.

3. DECLARAÇÃO DE DIREITOS DE LIBERDADE ECONÔMICA E DESAFIOS AO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

A função social do contrato sofreu profunda alteração legislativa, tendo em vista a redação que lhe foi conferida pela Declaração de Direitos de Liberdade Econômica (Lei n.º 13.874/2019), *in verbis*:

“Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato” (redação original).

“Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato” (Redação dada pela Lei nº 13.874, de 2019).

Parágrafo único. “Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)”.

Percebe-se que foi substituída no *caput* do art. 421 do Código Civil a “liberdade de contratar” por “liberdade contratual”. Além disso, excluiu-se a expressão “em razão” (causa),⁴⁶ mantendo-se “nos limites”, a demonstrar que o contrato *tem*, ou *pode ter*, função social, mas que não é dotado de função social.⁴⁷

45 RAMOS, A. L. ARNT, “Segurança jurídica...”, *cit.*, pp. 164-165.

46 BARROSO, L. ABREU, “Causa e função social...”, *cit.*

47 Sobre nem todos os contratos terem função social: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski, *Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s)*, GZ, Rio de Janeiro, 2011, pp. 269-313.

A interpretação adequada do sentido de função social do contrato, na redação original e na atual redação do comando legal, demanda ir além do texto normativo do art. 421 do Código Civil e estabelecer um diálogo com os direitos fundamentais, já que os significantes *função social* remetem, ao menos, a três concepções: “interesses difusos de natureza não patrimonial, como dirigida a interesses existenciais de natureza jusfundamental ou, mesmo, como pertinente à promoção de eficiência no mercado sem restringir tal interpretação”.⁴⁸

A ideia de função, seja qual for o seu conteúdo, é entendida como um contributo (a que serve e a quem serve) que o instituto jurídico “deve trazer para determinados entes –sejam eles indivíduos determinados, grupos de indivíduos ou a sociedade de modo difuso”.⁴⁹ A função, por conseguinte, não limita, mas atua como algo que o instituto jurídico deve realizar em favor de alguém.⁵⁰

Compreende-se o social como a transcensão concreta das posições jurídicas individuais e não individuais em cada caso, sem que haja aprioristicamente a prevalência de uma posição jurídica sobre a outra. Somente na impossibilidade de efetiva harmonização, o exercício de uma posição jurídica poderá ser considerada legítima e a outra ilegítima (Código Civil, art. 187), o que permitirá compreender a ideia de função social de maneira adequada à Constituição (texto e contexto) e ao Direito Civil contemporâneo.

Para Carlos Eduardo Pianovski RUZYK, a função social do contrato vincula-se “ao atendimento de necessidades concretas dos contratantes no que tange ao acesso a bens fundamentais. [...] o contrato não apenas seria um instrumento de livre atuação do particular na realização de escolhas, mas, também, seria fonte reprodutiva de liberdade”.⁵¹

Assim, compreende-se que a autonomia privada pode ser a efetiva realização da liberdade formal e substancial de quem a exerce, “desde que esse exercício não importe redução radical daquela mesma liberdade substancial que permitiu reputar a materialização da autonomia privada como sendo um verdadeiro ‘funcionamento’”, por exemplo, em contratos paritários.⁵²

A rigor, poder-se-ia ter mantido a expressão “em razão”, uma vez que:

“a) o exercício de liberdade a que se refere a norma não esgota os perfis de liberdade, o que significa que não se está a afirmar que o exercício da

48 *Ibidem*, p. 269. O autor prossegue tecendo crítica a essas três concepções de função social.

49 *Idem*, pp. 144-150.

50 RUZYK, C. E. PIANOVSKI y Marcelo L. F. DE MACEDO BÜRGER, “A tutela externa da obrigação e sua (des)vinculação à função social do contrato”, *Civilistica.com*, a. 6, n. 2, Rio de Janeiro, 2017, disponível em: <http://civilistica.com/a-tutela-externa-da-obrigacao/>, acesso em: 28 nov. 2020.

51 RUZYK, C. E. PIANOVSKI, *Institutos fundamentais...*, cit., pp. 290-291.

52 *Ibidem*, p. 307.

liberdade formalmente assegurada no contrato tem por fundamento apenas essa mesma liberdade formal; b) a ponderação entre liberdades pode fazer com que haja a prevalência concreta de um perfil sobre o outro implicando um direcionamento do exercício da liberdade formalmente assegurada para o incremento de outras liberdades, sobretudo como liberdade substancial; c) não se trata de exercício em razão apenas do fundamento normativo do exercício (autonomia privada), mas em razão de contributos que o exercício pode ensejar, o que permite afirmar que a liberdade atua em dois momentos, ou seja, no momento de fundamentação do direito como princípio e no momento de seu exercício como função”.⁵³

Por conseguinte, demonstra-se inadequada a segunda alteração promovida pela Declaração de Direitos de Liberdade Econômica (Lei n.º 13.874/2019) no *caput* do art. 421 do Código Civil.

A seu turno, a inclusão do parágrafo único no art. 421 do Código Civil provocou duas polêmicas: a prevalência do princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual. Quanto à excepcionalidade da revisão contratual, apesar de sua previsão normativa, a alteração é inútil, visto que a revisão do contrato civil sempre foi exceção, muito por conta do acolhimento da teoria da imprevisão pelos arts. 317 e 478 do Código Civil.

A polêmica que ainda vai render muito debate acadêmico e na jurisprudência é o “princípio da intervenção mínima”. Desde logo questiona-se se a intervenção mínima é princípio ou se seria efeito dos princípios contratuais individuais, como a autonomia privada negocial e a força obrigatória dos contratos. Os autores entendem que a intervenção mínima não configura princípio, mas efeito dos princípios contratuais individuais.

Outro problema é densificar o sentido de intervenção mínima, pois se intervenção mínima for nenhuma intervenção, a liberdade (sem limites) resultará em opressão. Noutro extremo, deturpando seu sentido, se a intervenção mínima atingir elevado grau de dirigismo, afastará por completo a liberdade.

Desse modo, a correta intervenção estatal na relação contratual é aquela que concilia a vulnerabilidade genética (exemplos: relações de consumo, de trabalho, contratos por adesão às condições gerais) ou concreta e episódica (exemplos: vulnerabilidades em contratos civis, empresariais, administrativos etc.) em cada caso e as posições jurídicas individuais e não individuais das partes contratantes. A intervenção estatal se dará em menor medida nos contratos paritários, independentemente da disciplina jurídica que os tutele.⁵⁴

A intervenção estatal deve ser criteriosa e concretamente adequada a cada contrato e não afirmar de forma antecipada que prevalecerá a intervenção

53 *Idem*, pp. 312-313.

54 TARTUCE, F., *Direito civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie*, 15ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 2020, p. 80.

mínima sobre qualquer outra norma principiológica, como sugere o parágrafo único do art. 421 do Código Civil, mesmo porque não existe conflito entre princípios, mas sim exercício ilegítimo (Código Civil, art. 187) de posição jurídica em cada caso.⁵⁵

Como visto, as alterações e inclusões na redação do art. 421 do Código Civil tendem a esvaziar o conteúdo normativo do princípio da função social do contrato, impondo à doutrina e aos tribunais o desafio de exercer o devido constrangimento epistemológico, a fim de reagir ao retrocesso trazido quanto ao tema pela denominada Declaração de Direitos de Liberdade Econômica (Lei n.º 13.874/2019).

55 Sobre o tema, ver STRECK, L. L., *Dicionário de hermenêutica*, 2. ed., Letramento; Casa do Direito, Belo Horizonte, 2020, verbete 35 (Ponderação).