

# SOLIDARIEDADE SOCIAL E SOCIALIDADE NA DISCIPLINA DA LIBERDADE CONTRATUAL

Gerson Luiz Carlos Branco

Sumário: Resumo. Palavras-Chave. Abstract. Keywords. Introdução 1. A Solidariedade social e seus efeitos sobre os contratos 2. Socialidade e factualidade social do contrato. Conclusão. Referências

Resumo: Este artigo analisa uma das consequências decorrentes da interpretação do art. 421 do Código Civil brasileiro. Essa proposição resulta do argumento de que a concretização de “valores constitucionais” no direito contratual serve para promover a solidariedade social. Todavia, o texto demonstra que, a despeito de a solidariedade ser um valor consagrado constitucionalmente, o contrato não é o instrumento adequado para sua consecução. Diante disso, o artigo identifica a necessidade de reexaminar institutos tradicionais do Direito Contratual, constatando que, antes de considerar mesmo a “socialidade” nas relações contratuais, o contrato serve para a realização da autodeterminação dos particulares.

Palavras-Chave: Direito Contratual – Autodeterminação – Liberdade Contratual – Função Social dos Contratos – Solidariedade Social – “Socialidade”

Abstract: This article aims to analyze one of the consequences that derive from interpretation of art. 421 of brazilian civil code. This approach results from the arguments of concretizing “constitutionals values”, uses specific civil code tools to promote social solidarity. However, the text shows that, despite of consider solidarity a consecrated constitutional value,

contract is not the adequate instrument to its consecution. In front of it, the article identify the importance to reexamine traditional institutes of contract law, in order to claim that, first of all, contract serves to realize particular self-determination, to consequently consider some “sociality”.

Keywords: Contract Law – Self-Determination – Freedom of Contract – Social Function of Contracts – Social Solidarity – “Sociality”



## INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é aprofundar o debate sobre um importante aspecto da eficácia do art. 421<sup>1</sup> do Código Civil brasileiro, que é o significado do “social” que adjectiva a função a que a liberdade contratual se submete.

Há muitos debates que começam a se formar tanto na doutrina quanto na jurisprudência, com um baixo grau de precisão sobre o sentido de tal disposição legal e de seus efeitos, em especial sobre a afirmação de que atualmente há um princípio da “solidariedade social” que atinge e afeta o contrato.<sup>2</sup>

---

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

<sup>2</sup> FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 129. FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 99-125.. NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato: Novos Paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.

Os defensores de uma “solidariedade social” regendo os contratos visam realizar importantes valores sociais com previsão constitucional. Porém, o objetivo deste artigo é verificar a compatibilidade do contrato e da teoria geral dos contratos com esse princípio, em especial na disposição do art. 421 do Código Civil.

O ponto de partida dessa verificação passa pelo reconhecimento de que o Código provocou uma mudança de problemas: se, antes do Código vigente, o problema do Direito Contratual era o sistema fechado e estreito do Código de 1916, o grande problema do Direito Contratual, após 2003, é a identificação de parâmetros mínimos e comuns a respeito da aplicação das cláusulas gerais, e sobre como controlar as decisões judiciais que fazem a aplicação de tais cláusulas.

Essa preocupação com o controle faz parte das legítimas preocupações em um Estado Democrático de Direito, em que há repulsa ao subjetivismo como critério de decisão dos conflitos jurídicos e sociais.

O subjetivismo é a atitude ou a prática de atribuir significados às expressões normativas sem que tais significados tenham uma justificação racional, revelando uma atitude arbitrária do intérprete, que apresenta como norma jurídica uma visão muitas vezes ideológica e distorcida do fenômeno jurídico.

A esse propósito inafastável a dicção de Judith Martins Costa ao afirmar que “nenhum código provém do nada,

---

156. TIMM, Luciano. *O Novo Direito Contratual Brasileiro*. São Paulo: Forense LV, 2008. EHRHARDT JÚNIOR, Marcos Augusto de Albuquerque. *O contrato na dimensão dos princípios constitucionais da dignidade humana e da solidariedade*. Maceió, 2006. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, A. *Princípios do novo direito contratual e desregulamentação de mercado – Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 750, p. 113-120, 1998. MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Função social dos contratos*. São Paulo: Cadernos Direito GV, v. 6, p. 15-21, 2005.

nenhum código opera no vazio, pois seu modelo sempre expressa uma reflexão e uma tomada de posição diante dos problemas do mundo...”.<sup>3</sup>

O ordenamento jurídico não pode estar afeito ao subjetivismo, sob risco de perda de um valor inerente e essencial ao Estado Democrático de Direito<sup>4</sup>, que é um grau mínimo de segurança jurídica e de legitimidade do processo de criação e aplicação das normas.

Ainda que preponderantemente caiba ao legislador a realização das escolhas necessárias à conformação do ordenamento, a proliferação das cláusulas gerais e a estruturação dos direitos fundamentais no texto constitucional, a partir de princípios de aplicação direta e imediata, tornam essencial debater os modelos interpretativos,<sup>5</sup> pois o conteúdo do direito é definido no processo de aplicação e interpretação.

Nesse contexto a intersubjetividade é essencial para a formação de consensos mínimos que assegurem um núcleo conhecido e minimamente estável de interpretação das normas jurídicas, especialmente quando se trata de uma cláusula geral<sup>6</sup> com conteúdo tão amplo e importante como a da cláusula geral do art. 421 do Código Civil.

---

<sup>3</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Culturalismo e Experiência no Novo Código Civil. Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. V. 18, n. 06, junho de 2006.

<sup>4</sup> Art. 1º da Constituição Federal: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:”.

<sup>5</sup> No sentido atribuído por Miguel Reale na obra *Fontes e modelos do direito – para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1999.

<sup>6</sup> A propósito das cláusulas gerais, em especial sobre o Código Civil brasileiro ver MARTINS-COSTA, Judith. *As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico*. Revista de Informação Legislativa, n. 112, p. 13-32. MARTINS-COSTA, Judith. *O direito privado como um “sistema em construção”*. *As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro*. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, n. 15, 1998. MARTINS-COSTA, Judith. *Notas sobre o princípio da função social dos contratos*. Revista Literária de Direito, n. 53. São Paulo, agosto/setembro de 2004.

## 1. A SOLIDARIEDADE SOCIAL E SEUS EFEITOS SOBRE OS CONTRATOS

Segundo o que dispõe o art. 3º, I, da Constituição Federal, é um dos objetivos da República Federativa do Brasil constituir uma sociedade justa e *solidária*.

Para realização desse fim, o próprio texto constitucional estabelece uma série de princípios e comandos ao legislador, para obrigá-lo a respeitar Direitos e Garantias Fundamentais (entre elas os direitos sociais, com ampla aplicação no Direito do Trabalho), instituiu um título destinado a regular a ordem social (Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.), com mecanismos jurídicos complexos com a finalidade de estabelecer políticas públicas, órgãos e sistemas para realização da solidariedade social.

Todavia, o contrato foi disciplinado em dois capítulos do texto constitucional, no art. 5º, como um dos efeitos da liberdade geral, e no art. 170, no capítulo que trata da ordem econômica.

O reconhecimento da liberdade contratual como efeito da liberdade geral prevista no art. 5º como Direito Fundamental não é novidade em nosso ordenamento, pois decorre do antigo debate que emergiu da tríade "liberdade, segurança e propriedade" presente desde a tradição liberal e das primeiras constituições posteriores à revolução francesa.

A tradição civilista desde o advento do Código de Napoleão afirma tanto a liberdade quanto a propriedade como instrumentos para proteger a liberdade "mercantil e negocial", que consiste basicamente em "possibilidade de mobilização da riqueza, de livre aquisição e disposição de bens patrimoniais".<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> RIBEIRO. Joaquim de Souza. *Direito dos Contratos*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 8.

É certo também que, na perspectiva iniciada em meados do século XX, e cujo marco maior pode ser considerado a publicação da obra de Natalino Irti sobre a crise dos Códigos Civis, dá início a um fenômeno que acaba com a incomunicabilidade entre Direito Civil e Direito Constitucional, o que no ordenamento jurídico brasileiro fica evidente com a disposição do §1º do art. 5º da Constituição Federal de 1988, segundo a qual *as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*.

A perspectiva de que há uma "intencionalidade material" que submete a validade de todas as regras do sistema ao texto constitucional coloca a Constituição no cume do ordenamento com todo o seu sistema de normas e com suas "opções valorativas",<sup>9</sup> o que provoca o debate da liberdade contratual e da autonomia privada na perspectiva constitucional, já que não é mais possível discutir tais princípios sob a ótica unicamente infraconstitucional.

A liberdade de regular as relações não econômicas ou econômicas, e o resultado disso formar um *ato jurídico perfeito* faz da autonomia privada (como gênero do qual a liberdade contratual é espécie) direito fundamental que decorre diretamente do mandamento do art. 5º, caput, da Constituição Federal, ao assegurar essa condição para os direitos de liberdade, aos quais estão associados.

Dentre os direitos de liberdade está a autovinculação<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> Sobre a evolução do conceito de negócio jurídico e sua objetivação, bem como da superação da teoria da vontade por uma teoria da "autonomia privada" tratamos em BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Função Social dos Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2009.

<sup>9</sup> RIBEIRO, Op. Cit., p. 11.

<sup>10</sup> STEINMETZ, Wilson Antônio. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

(nenhuma obra desse autor foi citada), p. 200: "Se todos esses princípios e direitos constitucionais mencionados contêm um conteúdo básico de autodeterminação e autovinculação da pessoa, então a autonomia privada – que é um poder geral de

que atribui significado à autonomia privada e à liberdade contratual, os quais devem ser diferenciados dos atos de pura autodeterminação, pois o comando constitucional assegura vinculatividade aos atos de liberdade praticados pelos particulares na regulamentação de sua vida privada, especialmente quando diz respeito à esfera econômica.

O fato de não existir um 'enunciado normativo' expresso no texto constitucional afirmando a autonomia privada e a autodeterminação como direitos fundamentais não lhes retiram tal condição, pois é o sistema de proteção de uma determinada norma que assegura a sua existência. Usando-se a terminologia de Alexy, pode-se considerar que tanto autonomia privada quanto autodeterminação são "direitos fundamentais atribuídos",<sup>11</sup> cujos efeitos são de faculdades que emanam imediata e diretamente a capacidade jurídica do sujeito de direitos<sup>12</sup>.

---

autodeterminação e autovinculação – também é constitucionalmente protegida ou tutelada. Dizendo, ainda, de outro modo, a tutela constitucional da autonomia privada deflui desses princípios e direitos expressos no texto constitucional”.

<sup>11</sup> Há os 'direitos fundamentais atribuídos': “Normas como (4), (5) e (6) não são estabelecidas pelo texto constitucional, elas são atribuídas às normas diretamente estabelecidas pela Constituição. Isso justifica chamá-las de *normas atribuídas*. As normas de direito fundamental podem, portanto, ser divididas em dois grupos: as normas de direito fundamental estabelecidas diretamente pelo texto constitucional e as de direito fundamental atribuídas” Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2 ed., Malheiros, São Paulo, 2011, pp. 50 e ss.

<sup>12</sup> MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 170. AMARAL, Francisco. *A Autonomia Privada Como Princípio Fundamental da Ordem Jurídica. Perspectivas Estrutural e Funcional*. *Revista de Direito Civil*, n. 46, 1988 p. 11, afirma que a autonomia privada, considerada princípio para atuação dos particulares com eficiência normativa, consiste em “uma verdadeira projeção, na ordem jurídica, do personalismo ético, concepção axiológica da pessoa como centro e destinatário da ordem jurídica privada, sem o que a pessoa humana, embora formalmente revestida de titularidade jurídica, nada mais seria do que mero instrumento a serviço da sociedade”.

No mesmo sentido, considerando a liberdade de contratar emanação da personalidade, LARENZ, Karl. *Derecho civil. Parte general*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978, p. 258: “El derecho fundamental al libre desenvolvimiento de la personalidad (...) significa más, en realidad (...) Se concretiza en diferentes derechos especiales de libertad (...), y en el Derecho

Nesse contexto e tomando-se o contrato como uma competência atribuída pela Constituição Federal que lhe considera como *ato jurídico perfeito* que sequer a lei lhe pode prejudicar os efeitos, essa competência (*competência para a nomogênese nas relações intersubjetivas de natureza econômica*) precisa obedecer aos princípios e ditames que a Constituição Federal estabeleceu para a Ordem Econômica.

Os princípios que foram estabelecidos para a ordem econômica estão consubstanciados no art. 170, tendo lugar de destaque a liberdade de iniciativa.<sup>13</sup>

Embora a liberdade contratual não se confunda com liberdade de iniciativa, a forma de realização desta passa pela utilização do principal instrumento para formalização e regulamentação das relações econômicas, que são os

---

privado, principalmente en las instituciones de la libertad contractual, la libertad de disponer sobre la propiedad, la libertad de testar, la libertad industrial y la libre competencia”.

<sup>13</sup> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

~~VI - defesa do meio ambiente;~~

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

~~IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.~~

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.



contratos<sup>14</sup>.

O fato de a liberdade de iniciativa não ser realizada somente através de contratos não afasta o argumento de que a liberdade de contratar é decorrente da liberdade de iniciativa econômica, pois boa parte das iniciativas econômicas e as ações que são realizadas no mercado dão-se através de contratos.

A liberdade de iniciativa não é absoluta, pois o próprio texto constitucional condiciona essa liberdade de iniciativa à “valorização do trabalho humano”, da “justiça social”, da “função social da propriedade”, além da defesa do consumidor, meio ambiente, desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego e proteção da pequena empresa.

Esses limites dos incisos do art. 170 são aplicáveis aos contratos? Podem ser princípios dos contratos?

Evidentemente que não, pois como dito acima, a liberdade de iniciativa é distinta da liberdade de contratar.

Não é possível atribuírem-se aos contratos todos os efeitos, princípios e regime de atividades que são realizadas por outros meios, pois enquanto a liberdade de iniciativa é uma faculdade de agir e interagir economicamente na vida social, a liberdade de contratar é uma competência normativa.

O modelo jurídico da liberdade contratual foi sendo construído ao longo da história a partir das experiências sociais na medida de sua realização, ligada a fatos e exigências valorativas, tendo seu conteúdo derivado de um conjunto de elementos em que a técnica jurídica assume um papel de grande relevância, já que cabe ao filtro da técnica recolher os

---

<sup>14</sup> AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 353-355.

Em sentido contrário ao pensamento de Francisco Amaral, Paulo Lôbo afirma que “a ordem econômica se realiza mediante contratos. A atividade econômica é um complexo de atos contratuais direcionados a fins de produção e distribuição dos bens e serviços que atendem às necessidades humanas e sociais”. LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do direito civil*, p. 107.

elementos significativos gerados pela “vida de relação”.

Por isso, a regulação da liberdade de iniciativa não altera substancialmente a liberdade de contratar, que continua sendo uma competência normativa: enquanto os atos de livre iniciativa podem ser considerados permitidos ou proibidos, os atos de liberdade contratual são considerados pelo ordenamento como válidos ou inválidos, eficazes ou ineficazes.

Ou seja, o texto constitucional não é suficiente e não consegue transformar o modelo jurídico da liberdade contratual em instrumento para realização de políticas públicas, sequer aquelas descritas nos incisos I a VIII do art. 170 da Constituição Federal.

O atual Código Civil superou o modelo da “incomunicabilidade”<sup>15</sup> que vigorava no período anterior, em que havia uma separação absoluta entre Direito Privado e Constituição, mas isso não significa que é possível a compreensão da riqueza e complexidade do Direito Privado sem a mediação e a preservação das estruturas e dos modelos jurídicos conformados gradual e lentamente pela tradição ao longo de séculos.

No mesmo sentido o alerta de Canaris a respeito da possibilidade de aplicação indiscriminada das disposições constitucionais sem a mediação da tradição do Direito Privado, com a consequente perda de sua especificidade técnica e vínculo com a própria realidade.<sup>16</sup>

A solidariedade é valor constitucional, mas o contrato não é o instrumento jurídico para sua realização.

---

<sup>15</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Os Direitos Fundamentais e a Opção Culturalista do novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p.61-86.

<sup>16</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. A Influência dos Direitos Fundamentais Sobre o Direito Privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 205 - 220.

Por isso Miguel Reale, com a clareza de quem compreendia que a vinculação entre o direito e a realidade social passa mais pela solução de problemas como o decidido no caso paradigma acima descrito, afirmou que o princípio jurídico adotado pelo Código Civil para os contratos foi o da socialidade e não da solidariedade.<sup>17</sup>

Sua proposição é de que a socialidade foi positivada no novo Código Civil como elemento para construção de um sistema adequado em uma “época em que o desenvolvimento dos meios de informação vem ampliar os vínculos entre os indivíduos e a comunidade”<sup>18</sup>.

A socialidade está na necessidade de o direito individual não se sobrepor a valores socialmente relevantes.

Isso significa que é possível a conciliação entre diretrizes centrais do ordenamento, polos em torno dos quais o direito realiza os seus valores, ligados à individualidade e à sua dimensão social<sup>19</sup>.

Tal análise serve para apresentar a dimensão da socialidade e sua indissociável ligação com a *funcionalização* dos modelos jurídicos postos no Código, o que gera uma diretriz central, sem a qual não se pode dimensionar o conteúdo e o sentido das normas.

A função social deve ser realizada na “dimensão singular” do contrato, pois continua em vigor o princípio da eficácia relativa das convenções, apesar da possibilidade da eficácia transubjetiva naqueles casos em que a lei expressamente permite tal eficácia.

A sociedade não é parte da relação contratual, e o “interesse social” presente em todos os contratos não pode ser confundido com o “interesse público”, que excepcionalmente pode estar presente, mas que não tem vínculo direto com a

---

<sup>17</sup> REALE, Miguel. *O Projeto do Novo Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

<sup>18</sup> REALE, Miguel. *Visão geral do Projeto de Código Civil*, p. 29.

<sup>19</sup> Idem, *ibidem*, p. 156.

função social do contrato<sup>20</sup>.

A funcionalização implica intervenção no regime dos efeitos para proteção do interesse social, que não representa a “sociedade” corporificada em um “interesse” concreto eventualmente oposto ao interesse das partes, mas a uma atribuição normativa para o contrato considerado como modelo jurídico, que pode estar presente na realização dos interesses individuais dos contratantes, sem qualquer limitação por parte da coletividade.

O “interesse” somente adquire a adjetivação “social” se o contrato for observado sob o ponto de vista macroeconômico e normativo, inserido no sistema de direito privado, pois, sob o ponto de vista singular, a consequência direta da função social dos contratos é a proteção de interesse econômico particular de um dos contratantes. Em outras palavras, a finalidade imediata a ser alcançada é de natureza econômica e particular, e a

---

<sup>20</sup> No direito brasileiro tem sido feita a distinção entre interesse público e interesse social com base na afirmação de que no primeiro estão em jogo os interesses da administração pública para consecução de seus fins, enquanto no segundo se trata dos interesses não específicos da “sociedade”, considerada como a massa indeterminada de indivíduos que integram determinada nação. Tal distinção tem origem na diferença entre “desapropriação por interesse público” e “desapropriação por interesse social”.

Importante a observação de Paulo Lôbo, de que a constitucionalização do direito civil não representou uma “publicização” do mesmo, mas de regulação de matérias típicas de direito privado, que continuam afeitas a esse ramo do direito, com regulação cogente de determinadas matérias: “É certo que o Estado social eliminou o critério de distinção tradicional, a saber, o interesse; o interesse público não é necessariamente o interesse social, e os interesses públicos e privados podem estar embaralhados tanto no que se considerava direito público quanto no Direito Privado”. LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do direito civil*, p. 100.

Sobre o mesmo problema, mas com a óptica voltada para o direito de propriedade, ver VARELA, Laura Beck. Das propriedades à propriedade: construção de um conceito. In: MARTINS-COSTA, Judith e outros. *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 730 e s.; VARELA, Laura Beck e LUDWIG, Marcos de Campos. Da propriedade às propriedades: função social e reconstrução de um direito. In: MARTINS-COSTA, Judith e outros. *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 763 e ss.

finalidade mediata é de natureza social<sup>21</sup>.

A existência de contratos em que o paradigma de justiça não é propriamente o da justiça comutativa, mas da justiça distributiva, como nos casos dos contratos de seguro, sistema financeiro da habitação ou mesmo dos contratos de concessão de crédito no âmbito do sistema financeiro nacional, não representa a adoção de uma ideia de solidariedade contratual, embora o sistema seja orientado por ideais de solidariedade. Por isso o risco afeta o preço do seguro para todos os segurados, os juros bancários dependem do grau de inadimplência dos tomadores de crédito, etc.

Isso não significa que não exista solidariedade contratual, como é o exemplo indicado por Ronaldo Porto Macedo em que o objeto do contrato é a divisão de riscos e lucros comuns, indicando como exemplo paradigmático de tal situação o contrato de sociedade de advogados.<sup>22</sup> Porém, este sentido de “solidariedade” como obrigações das partes para consecução de fins comuns é característica dos contratos colaborativos, não sendo parâmetro para a aplicação da função social dos contratos ou para a consideração de valores sociais externos ao contrato. Pelo contrário, os interesses que justificam o ato de solidariedade são internos e constitutivos do próprio negócio jurídico associativo.

Sobre esse aspecto ocorreu importante debate no STJ a respeito da possibilidade de revisão de cláusula contratual em contrato de seguro saúde estipulado entre duas empresas, mas cujos beneficiários eram uma gama significativa de

---

<sup>21</sup> A referência a uma finalidade imediata e outra mediata no âmbito da autonomia privada é apresentada sob o ângulo do interesse por Ana Prata, a partir de reflexão de Salvatore Pugliatti. PRATA, Ana. A tutela constitucional da autonomia privada. Coimbra: Almedina, 1982, p. 20: “Um direito subjectivo privado, seja qual for, tem como fonte a norma que protege um interesse privado (finalidade imediata) para a realização daquele interesse público (finalidade mediata) que se encontra na base da própria protecção, e é a razão última pela qual a protecção é concedida”.

<sup>22</sup> PORTO MACEDO, Ronaldo. Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor. Max Limonad, 1998, p. 169.

empregados de uma das empresas.

O STJ apresentou divergência, com voto da Min. Nancy Andrigli considerando inválida a cláusula que prevê a possibilidade de reajuste do contrato em razão do aumento da sinistralidade, por considerar que isso é implícito ao aumento de valor de mensalidade em razão da alteração da faixa etária e, portanto, consistiria em um *bis in idem*. A maioria rejeitou a revisão do contrato compreendendo que o mecanismo de alteração do preço foi pactuado entre duas empresas, devendo o empregador procurar outro plano mais barato ou adequado ao padrão de seus empregados.<sup>23</sup>

Independentemente da discussão realizada, da possibilidade ou impossibilidade de revisão do contrato, ambos os votos consideraram que a circunstância de estar por detrás de uma das empresas uma coletividade não é fator determinante para a revisão do contrato no caso concreto. Nesse caso o STJ reconhece a inversão social do contrato, mas nega que as circunstâncias externas à relação contratual sejam fundamento da revisão do pacto.

Faz parte do interesse social a preservação do mercado e das normas básicas que garantem a integridade da autonomia privada, da qual o contrato é o instrumento essencial para que se possa promover a circulação de bens e serviços, com segurança jurídica e previsibilidade. E para o exercício de uma “função de proteção” o Direito Contratual cria regras tendentes a tutelar certas categorias de contraentes quando elas “se encontram numa situação que tipicamente as impossibilita de uma autotutela dos seus interesses, sob responsabilidade própria”.<sup>24</sup>

Essa autotutela é realizada pela criação de um preceito que antes de eficácia jurídica tem eficácia social, baseado na

---

<sup>23</sup> STJ, Resp n. 1102848/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/08/2010, DJe 25/10/2010

<sup>24</sup> RIBEIRO, Op. Cit., p. 41.

liberdade que os agentes econômicos possuem de poder determinar o conteúdo dos deveres que irão reger a futura relação jurídica. Trata-se de instrumento de que os particulares dispõem para regular sua vida privada, podendo com ele realizar aquisição e alienação de seus bens em geral<sup>25</sup>.

Essa visão é particularmente criticada por Natalino Irti<sup>26</sup>, ao considerar inaceitável uma dualidade factual e jurídica, algo que é e ao mesmo tempo deve ser com fundamento no que é. A “natureza social” é antecedente ao direito e se conserva no plano jurídico, dentro de uma nova posição. Apesar da crítica, o Art. 421 do Código Civil está conforme com a proposição de que o fato social “autonomia” não perde essa natureza ao ser juridificado, embora lhe seja agregada uma eficácia jurídica cuja “função” é justamente a de realizar a finalidade social do ato de autonomia.

A socialidade do contrato também está vinculada à característica de transposição do fato social como fonte de deveres jurídicos. A socialidade da liberdade contratual não está presente no ordenamento somente pela função social, mas também pela força atribuída aos usos e costumes e para as cláusulas de estilo, que na condição de modelos dogmáticos criam normas de eficácia geral. Embora não haja tradicionalmente vinculação entre função social e usos e costumes, a dimensão da socialidade também é reconhecida pelo forte poder normativo que os valores sociais produzem em relação ao direito; nesse aspecto, as disposições e referências constantes aos usos (artigos 113, 429<sup>27</sup> e 432<sup>28</sup>), aos costumes

---

<sup>25</sup> BETTI, E. *Teoria geral do negócio jurídico*: “Ele é o acto pelo qual o indivíduo regula, por si, os seus interesses, nas relações com outros (acto de autonomia privada): acto ao qual o direito liga os efeitos mais conformes à função económico-social que lhe caracteriza o tipo” (p. 108).

<sup>26</sup> IRTI, Natalino. *Lecture bettiane*, p. 48.

<sup>27</sup> “Artigo 428. A oferta ao público equivale à proposta quando encerra os requisitos essenciais ao contrato, salvo se o contrário resultar das circunstâncias ou dos usos”.

<sup>28</sup> “Artigo 432. Se o negócio for daqueles em que não seja costume a aceitação expressa, ou o proponente a tiver dispensado, reputar-se-á concluído o contrato, se a

ou costumes do lugar (artigos 596<sup>29</sup>, 615<sup>30</sup>, 695<sup>31</sup>, 701<sup>32</sup> e 872<sup>33</sup>) são reveladoras dessa dimensão.<sup>34</sup>

Tanto função social dos contratos quanto socialidade como princípio jurídico fazem parte de um processo de materialização do direito contratual, que leva em conta as condições e os fatores materiais de diferenciação entre os contratantes, abandonando a concepção da teoria clássica de dois contratantes absolutamente iguais em um mercado absolutamente livre de interferências.<sup>35</sup>

Porém, a perspectiva solidarista avança para atribuir um papel mais extenso à função social do contrato: “dentre as

---

recusa não chegar a tempo”. Uma comparação da redação do artigo 432 do Código atual com a do artigo 1.084 do Código de 1916 revela que a diferença está justamente na redação da referência ao costume. No artigo 1084 se reputa celebrado o contrato nos casos “em que se não costuma a aceitação expressa”. Casos “em que não se costuma” diferenciam-se de casos em que “não haja o costume” da aceitação expressa. O conceito de costume tem significação mais aberta em relação às condições objetivas que o mercado estabelece sobre determinada circunstância, sem vinculação estrita com uma relação objetiva em que “se costuma a aceitação expressa”.

<sup>29</sup> “Artigo 596. Não se tendo estipulado, nem chegado a acordo as partes, fixar-se-á por arbitramento a retribuição, segundo o costume do lugar, o tempo de serviço e sua qualidade”.

<sup>30</sup> “Artigo 615. Concluída a obra de acordo com o ajuste, ou o costume do lugar, o dono é obrigado a recebê-la; poderá rejeitá-la, se o empreiteiro se afastou das instruções recebidas e dos planos dados, ou das regras técnicas de trabalhos de tal natureza”.

<sup>31</sup> “Artigo 695. O comissário é obrigado a agir de conformidade com as ordens e instruções do comitente, devendo, na falta destas, não podendo pedi-las a tempo, proceder segundo os usos em casos semelhantes. Parágrafo único. Ter-se-ão por justificados os atos do comissário, se deles houver resultado vantagem para o comitente, e ainda no caso em que, não admitindo demora a realização do negócio, o comissário agiu de acordo com os usos”.

<sup>32</sup> “Artigo 701. Não estipulada a remuneração devida ao comissário, será ela arbitrada segundo os usos correntes no lugar”.

<sup>33</sup> “Artigo 872. Nas despesas do enterro, proporcionadas aos usos locais e à condição do falecido, feitas por terceiro, podem ser cobradas da pessoa que teria a obrigação de alimentar a que veio a falecer, ainda mesmo que esta não tenha deixado bens”.

<sup>34</sup> A propósito, ver o livro LUDWIG, Marcos de Campos. *Usos e Costumes no Processo Obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

<sup>35</sup> RIBEIRO, Op. Cit., p. 42.



opções disponíveis, caberá ao julgador buscar o equilíbrio entre aquelas que aproveitem ao máximo as circunstâncias particulares, só se justificando desigualdade de tratamento quando vantajosas a todos, ou seja, quando interessem à coletividade.”<sup>36</sup>

Tal doutrina extrapola os parâmetros e o sentido de socialidade posto no Direito Contratual, assim como subverte a principiologia constitucional por atribuir ao contrato princípios que lhe são estranhos tanto sob o ponto de vista técnico, como sob o ponto de vista cultural e histórico.

Ainda que em determinado momento da história possa tal teoria vir a ser um anseio da coletividade, é certo que essa concepção não encontra eco senão na doutrina e em algumas decisões judiciais, estando completamente afastada da realidade social e cultural.

## 2. SOCIALIDADE E FACTUALIDADE SOCIAL DO CONTRATO

A compreensão da “vida de relação” de Emílio Betti, a “socialidade” o conceito de modelo jurídico de Miguel Reale, ou mesmo a idéia do contrato com o “elo de conexão” de Teubner leva ao reconhecimento de uma “factualidade social” ao contrato que é inafastável, pois o contrato serve na realidade fática como instrumento dos atos de autorregulamentação, assim como possui características jurídicas peculiares em razão de o ordenamento fazer dele um instrumento para realização de uma competência normativa.

A disciplina do contrato por meio da cláusula geral do art. 421 amplia essa perspectiva e promove uma “factualidade social” do direito contratual.<sup>37</sup>

---

<sup>36</sup> Marcos Augusto de Albuquerque Ehrhardt Júnior, O princípio constitucional da solidariedade e seus reflexos no campo contratual.

<sup>37</sup> A radical concepção funcionalista de Gunther Teubner aponta que os graus de diferenciação social entre as diversas esferas provocam a formação de sistemas e

Esta factualidade social do Direito Contratual não é uma invenção dos juristas, pois resulta das exigências econômicas e tecnológicas, que somente se apresentaram contemporaneamente,<sup>38</sup> o que não autoriza, todavia, afirmar que o direito contratual seja regido pelo princípio da

---

subsistemas. Considera o contrato como um sistema autorreferencial que mantém relação de interdependência com a política, economia, família, cultura e religião. Nesse contexto, a função dos contratos é a de estabilizar a interdependência sistêmica e a determinação normativa de riscos futuros. Independentemente da crítica de Teubner ao contrato relacional, e de seu apego extremo à ideia de sistema autopoiético, suas afirmações são importantes para que se evidencie a relação entre a criação jurisprudencial e a respectiva dependência de elementos sociológicos, também valorizados por Luhmann, a partir das quais se deduz que no contrato existem expectativas recíprocas e complementares que influenciam na definição jurídica das obrigações contratuais. TEUBNER, Gunther, Op. cit., p. 237 - 240. “Complementaridade e reciprocidade das expectativas e consistência das condutas são os mecanismos essenciais da formação de normas que influenciam a definição jurídica das obrigações contratuais”.

<sup>38</sup> A jurisprudência tem recepcionado essa concepção de contrato, reconhecendo as transformações sociais em algumas decisões. Exemplo disso é a decisão cuja ementa é a seguir transcrita: TJRS, Emb. Infringentes n. 599178050, 9º Grupo de Câmaras Cíveis, Rel. Des. Fernando Braf Henning Júnior, j. 17.09.1999. “Consórcio. Contemplação por sorteio. Opção por sorteio. Opção por outro bem. Falência da concessionária. Autorização de faturamento do veículo em nome da concessionária. Não recebimento do bem pela consorciada. Responsabilidade solidária da administradora do plano consorciado. Código de Defesa do Consumidor. 1 — a pretensão de direito material enquadra-se albergada no contrato de adesão a grupo de consórcio, cuja qualificação da fornecedora emerge cristalinamente como sendo a administradora, prestadora do serviço, integrante do grupo econômico Autolatina Volkswagen. 2 — A obrigação imposta a consorciada, por cláusula de adesão, para efetuar a opção por outro bem deve ter eficácia relativizada diante da obrigação de melhor informação e compreensão do consumidor. A par disso, reserva-se o princípio da boa-fé a garantia do exercício do direito. Aplicação dos artigos 30 e 54 do Código de Defesa do Consumidor. 3 — A responsabilidade solidária da administradora configura-se no fato de a concessionária permitir a modificação do pedido, com suporte na marca do grupo econômico Volkswagen, conduzindo o negócio sob a confiança do consumidor. Inteligência do artigo 34 do Código de Defesa do Consumidor. 4 — Hipótese concreta em que a relação jurídica consorciada reclama abordagem sob a égide das regras de consumo, em face da nova realidade denominada de *pós-moderna*, reflexiva a globalização e acumulação de riquezas e bens intangíveis, conquanto reservado ao princípio da boa-fé objetiva as funções de modificação, adaptação a prestação contratual, ou mesmo a resolução do contrato. 5 — Embargos infringentes providos, por maioria”.

solidariedade social como já afirmado acima.

No início do século XX, os contratos resumiam-se basicamente àquilo que conhecemos como “contratos típicos”, cujo papel da compra e venda era dominante em todas as suas modalidades. A tipicidade era cunhada de forma muito lenta; alguns dos tipos contratuais previstos nos Códigos Civis eram heranças do velho Direito Romano.

Essa realidade gerava basicamente duas únicas exigências: verificação das regras legais postas no Código a respeito de forma, cuja desobediência resultava na invalidade ou se havia liberdade no ato de declaração de vontade.<sup>39</sup>

Se a vontade era livre, considerada a liberdade como ausência de coação, erro ou dolo, os tradicionais vícios da vontade, somente o ato poderia ser fustigado com a invalidade ou ineficácia se estivessem presentes vícios sociais, como eram a simulação ou a fraude contra credores.

O mesmo não acontece quando o homem contemporâneo contrata, pois a dinâmica da vida social é extremamente veloz e não permite que aquele que contrata conheça, em toda a extensão, os efeitos econômicos, fáticos e jurídicos do ato praticado.

O processo de *tipificação social* é muito rápido, assim como é a velocidade dos meios de comunicação e transporte, o que provoca alterações em lições como a da clássica obra de Larenz, a respeito do processo de tipificação, no qual há uma das mais preciosas análises sobre o processo de tipificação contratual e do papel do tráfico jurídico na formação do Direito.<sup>40</sup>

---

<sup>39</sup> É claro que a doutrina já alertava para impossibilidade de aplicação esquemática das normas legais, sendo necessária a compreensão do sentido das estipulações das partes, sempre tendo em vista que “toda regulación contractual particular prevalece sobre las normas legales ‘dispositivas’”, principalmente tendo em vista os contratos mistos. LARENZ, Karl. Derecho de Obligaciones, T.II. Madrid: ERDP, 1959, p. 6 e 7.

<sup>40</sup> LARENZ, Karl. Derecho de Obligaciones, T.II. Madrid: ERDP, 1959, p.2 – 11.

Isso também se reflete na extrema agilidade dos atores econômicos na conformação dos *desvios socialmente típicos*, que são formas reconhecidas empiricamente, com atributos sociais típicos e desvios com resultados gravosos e não equitativos. Esse desvio típico também é acompanhado por um prejuízo típico, “observável na prática negocial”, que demonstra o desvirtuamento da função de ordenação da autonomia privada.<sup>41</sup>

Pode parecer forte, porém a expressão que melhor explica a invalidade ou ineficácia das cláusulas contratuais em razão da aplicação da cláusula geral da função social dos contratos é a circunstância de que os *atos sociais dominam o contrato*. Veja-se o caso em que examinar os fins normalmente visados pelos grupos sociais que se utilizam de um contrato de compra e venda de soja a preço futuro é o único meio que se tem para verificar a compatibilidade entre os valores sociais e os princípios jurídicos positivados e o regulamento contratual em análise, como recentemente decidiu o Superior Tribunal de Justiça.<sup>42</sup>

A esse propósito, doutrinadores como Natalino Irti<sup>43</sup> e Galgano<sup>44</sup> fazem críticas às concepções que tratam da

---

<sup>41</sup>O método de verificação, portanto, das condições de intervenção é baseado na verificação empírica de adequação de uma generalidade de situações negociais típicas em que ocorre a distorção funcional da liberdade contratual. Para isso, é necessário “integrar-se o contrato concreto numa categoria de contratos” em que as condições negociais são similares para aplicação de determinada disciplina jurídica, e, assim fazer o controle do conteúdo do contrato a partir dos parâmetros valorativos respectivos. A propósito ver RIBEIRO, Joaquim de Sousa. Op. Cit., p. 174 - 176.

<sup>42</sup> STJ, REsp n. 803.481 - GO (2005/0205857-0), 3ª Turma, Rel., Min. Nancy Andrighi, j. 28.06.2007.

<sup>43</sup> A crítica de Irti é feita originalmente ao pensamento de Emílio Betti, *verbis*, “Como è possibile, a questo punto, ricondurre il negozio nella sintesi normativa? Conciliare la logica dell’autonomiaprivata – che apre il mondo del diritto al sottostante piano sociale – e la logica della fattispecie, chiusa nel ritmo delle norme?”. IRTI, Natalino. *Lecture bettiane sul negozio giuridico*. Milano: Giuffrè, 1991, p. 17.

<sup>44</sup> IRTI, Natalino, Op. Cit. p. 31. Calasso faz a análise da crítica de Betti ao “dogma da vontade” tal qual elaborado pela pandectística alemã. Ao fazê-lo, afirma que,

circulação desse modelo em duas realidades, tratando isso como problema teórico de construção. Dirigiram sua crítica à teoria do negócio jurídico de Emílio Betti, ao afirmá-lo como ato de autonomia privada que faz parte da vida de relação e somente então, mas sem perder tal condição, passa a ser tratado como fato jurídico.<sup>45</sup>

Servindo-se de matriz teórica distinta daquela de Betti, Teubner acentua que essa é a característica essencial do contrato e sua função: servir como elo de conexão entre o sistema social e econômico com o sistema jurídico, para garantir estabilidade e previsibilidade em relação aos riscos futuros nas relações intersubjetivas, o que é muito bem sintetizado na expressão de que o contrato atua como “ilhas de estabilidade num mar de turbulências”.<sup>46</sup>

Em outras palavras, a intervenção judicial nos contratos para limitar sua validade ou eficácia tem espaço substancial na cláusula geral da função social dos contratos, pois esta reconhece e acolhe a concepção de que o contrato é um fato social que já no plano social possui um caráter regulatório, ou ‘preceptivo’.

Essa natureza dúplice do contrato é o grande desafio para a compreensão sobre quais são as regras vigentes que

---

“deixando de lado o risco de tautologia, se põe em segundo plano próprio do ato de vontade que é o fato concreto do qual reconduzimos com um processo indutivo ao conceito de autonomia (...). Nesse processo dialético do qual nasce o negócio, não é conveniente afirmar que a vontade esteja em segundo plano, enquanto no primeiro plano está o regulamento de interesses disposto para o futuro...”. Tradução livre. CALASSO, Francesco. *Il negozio giuridico – lezioni di storia del diritto italiano*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1967, p. 27-40.

<sup>45</sup>“Chi osservi lo svolgersi della vita di relazione in ogni società che abbia raggiunto un sufficiente grado di civiltà, trova che gli interessi privati esistono in essa indipendentemente dalla tutela del diritto, e che l’iniziativa privata provvede ad ogni consapevole assetto di tali interessi, esplicandosi non solo nell’aspirare a certi scopi pratici, ma anche nel foggarsi i mezzi ad essi rispondenti, prima di ogni intervento dell’ordine giuridico”BETTI, Emilio. *Negozio giuridico*. In: *Novissimo digesto italiano*, p. 209.

<sup>46</sup> TEUBNER, Gunther, Op. cit., p. 242.

disciplinam validade e eficácia dos contratos, pois os esquemas tradicionais (teoria das invalidades) não são mais suficientes em um contexto de aplicação de cláusulas gerais como a do Art. 421 do Código Civil. Talvez o que melhor expresse esse problema de transição é a célebre e debochada afirmação de que Pontes de Miranda era “porteiro do mundo jurídico”. Pois bem, em certa medida já não temos mais um porteiro que nos diz, de forma prévia e abstrata, quais são os fatos que podem ser recepcionados e os que não podem passar pelos planos da validade ou eficácia.

O desafio está na circunstância de que o contrato como fato social produz as regras. E como examinar a validade ou eficácia de um contrato a partir das regras sociais construídas no seio da liberdade contratual?

Essa questão não está respondida, mas a factualidade social do contrato pode ser considerada a partir das ferramentas que a tradição, que os modelos jurídicos do direito contratual já produziram ao longo da história.

As tradicionais formas de intervenção nos contratos partiam da análise estrutural da relação contratual, evidenciando crédito e débito, com caráter neutro em relação aos sujeitos, cuja liberdade do ato de “declaração de vontade” era o elemento central. Já o controle da validade dos contratos, a partir de uma perspectiva funcional, estabelece uma vinculação entre a relação de crédito e débito e sua origem, que não é mais uma “declaração de vontade”, mas sua causa e, por isso, a partir da função prático-social à qual corresponde e expressa sua disciplina, há a definição dos direitos, obrigações e poderes do credor<sup>47</sup>.

---

<sup>47</sup> A busca da função está relacionada ao “aspecto causativo”: “Ela assume uma disciplina segundo a sua causa, a qual é expressão da sua disciplina: o aspecto funcional e aquele causativo exprimem a mesma exigência, isto é, individuar e completar uma relação entre situações subjetivas. O credor, segundo seja a causa uma ou outra, tem, ou não, determinados poderes, obrigações...”. PERLINGIERI,

É preciso, portanto, construir uma nova dogmática das causas de invalidade e de ineficácia, em que a funcionalização da liberdade contratual passa a ser um dos principais fatores.

Nessa esteira, um dos pontos de partida que podem dar um caminho para a construção dogmática sobre como utilizar a função social dos contratos de forma agregada a uma nova teoria das nulidades, passa pela análise daquelas hipóteses que, de forma fragmentada, a jurisprudência legou ao longo da história como formas de controle de uma funcionalidade social típica.

Isso significa que há trabalho a ser feito, que é o de compreender aqueles fatores sociais levados em consideração na análise de casos concretos homogêneos, nos quais a Jurisprudência utilizou a cláusula geral da função dos contratos como fator de afastamento do preceito criado pelas partes.

Isso não significa outorgar para a Jurisprudência a definição integral do que é a função social dos contratos, mas considerar uma circunstância real de que o papel da jurisprudência é substancial na interpretação e no preenchimento das cláusulas gerais, cabendo à doutrina, além da crítica, a sistematização e a uniformização dos critérios implícitos ou internos, que não podem ser observados em um único caso, mas na regulamentação geral da matéria a partir das decisões individuais, utilizando-se sempre do prisma da tradição, sem o qual não é possível ver todas as cores que a luz da jurisprudência proporciona.

## CONCLUSÃO

A conclusão deste artigo é no sentido de que embora o princípio da solidariedade social constitucional seja previsto no texto constitucional, não se pode confundir os fins do Estado

com os fins visados pelos particulares quando disciplinam as suas relações econômicas.

A liberdade contratual tem fins próprios cuja importância social é indiscutível, não sendo instrumento constitucional da realização da solidariedade social. Certamente o programa do governo conhecido como “bolsa família” ou outras políticas públicas são mais eficientes para realizar a solidariedade social.

Todos nós devemos ser solidários, mas isso não significa que juridicamente o contrato possa ser visto como um instrumento da solidariedade, pois o fim que lhe foi atribuído constitucionalmente está vinculado a valor tão ou mais importante, que é a autodeterminação e a liberdade de disciplinar as relações econômicas em uma ordem baseada na livre iniciativa.

Há um aspecto central do Direito Contratual que, embora simples, muitas vezes é esquecido, referente à desnecessidade de fundamentação da autodeterminação e liberdade como valores, sem qualquer necessidade de justificação complementar.

Tratar da função social dos contratos como efeito da adoção da solidariedade representa afastar a função social do contrato da liberdade contratual, transformando-a em limite externo que é aplicado quando a liberdade contratual cede seu lugar, aos moldes de um princípio jurídico.

Porém, a função social dos contratos não está afastada da liberdade contratual, pois a unidade de sentido produzida por ambos forma o modelo jurídico do contrato na sociedade contemporânea, com sua factualidade social e sua capacidade ímpar de permitir a realização da autodeterminação, mediante a preservação de uma competência aos particulares.

A socialidade do contrato não pode representar o fim da competência que os particulares possuem para formação de atos jurídicos perfeitos que tornem sua vida econômica previsível e segura: é a profunda socialidade do contrato que



lhe dinamiza e lhe mantém como principal instrumento de regulamentação social na sociedade contemporânea.

Nesse sentido este artigo reforça a importância da posição atual tomada pelo STJ<sup>48</sup> ao reconhecer o contrato como um modelo jurídico forjado dentro de uma determinada tradição sem qualquer incompatibilidade com a função social. Pelo contrário, a liberdade contratual e sua função social formam uma unidade de sentido decorrente do reconhecimento da factualidade social do próprio modelo adaptado aos novos tempos.



## REFERÊNCIAS

- FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *A Boa-fé e a Violação Positiva do Contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. v.1.
- NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato: Novos*

---

<sup>48</sup> STJ, REsp n. 803.481 - GO (2005/0205857-0), 3ª Turma, Rel., Min. Nancy Andrighi, j. 28.06.2007. “A função social infligida ao contrato não pode desconsiderar seu papel primário e natural, que é o econômico. Este não pode ser ignorado, a pretexto de cumprir-se uma atividade beneficente. Ao contrato incumbe uma função social, mas não de assistência social. Por mais que o indivíduo mereça tal assistência, não será no contrato que se encontrará remédio para tal carência. O instituto é econômico e tem fins econômicos a realizar, que não podem ser postos de lado pela lei e muito menos pelo seu aplicador. A função social não se apresenta como objetivo do contrato, mas sim como limite da liberdade dos contratantes em promover a circulação de riquezas.”

- Paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- TIMM, Luciano. *O Novo Direito Contratual Brasileiro*. São Paulo: Forense LV, 2008.
- EHRHARDT JÚNIOR, Marcos Augusto de Albuquerque. O princípio constitucional da solidariedade e seus reflexos no campo contratual. [www.jusnavegandi.com.br](http://www.jusnavegandi.com.br), página capturada em 20.06.2012.
- JUNQUEIRA DE AZEVEDO, A. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação de mercado – Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 750, p. 113-120, 1998.
- PORTO MACEDO, Ronaldo. *Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor*. Max Limonad, 1998.
- MARTINS-COSTA, Judith. Culturalismo e Experiência no Novo Código Civil. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*. V. 18, n. 06, junho de 2006.
- REALE, Miguel - *Fontes e modelos do direito – para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- MARTINS-COSTA, Judith. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. *Revista de Informação Legislativa*, n. 112, p. 13-32.
- RIBEIRO, Joaquim de Souza. *Direito dos Contratos – Estudos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- MARTINS-COSTA, Judith. *Notas sobre o princípio da função social dos contratos*. Revista Literária de Direito, n. 53. São Paulo, agosto/setembro de 2004.
- BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Função Social dos Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- ALEXYS, Robert, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2 ed.,

- Malheiros, São Paulo, 2011.
- MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.
- AMARAL, Francisco. A Autonomia Privada Como Princípio Fundamental da Ordem Jurídica. Perspectivas Estrutural e Funcional. *Revista de Direito Civil*, n. 46, 1988.
- LARENZ, Karl. *Derecho civil. Parte general*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978.
- AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 36 n. 141 jan./mar. 199.
- MARTINS-COSTA, Judith. Os Direitos Fundamentais e a Opção Culturalista do novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p.61-86.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. A Influência dos Direitos Fundamentais Sobre o Direito Privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 205 – 220.
- REALE, Miguel. *O Projeto do Novo Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- REALE, Miguel. *Visão geral do Projeto de Código Civil*.
- VARELA, Laura Beck. Das propriedades à propriedade: construção de um conceito. In: MARTINS-COSTA, Judith e outros. *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 730 e s.
- VARELA, Laura Beck e LUDWIG, Marcos de Campos. Da propriedade às propriedades: função social e reconstrução de um direito. In: MARTINS-COSTA, Judith e outros. *A reconstrução do direito privado*. São

- Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- PORTO MACEDO, Ronaldo. Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor. Max Limonad, 1998, p. 169.
- BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Coimbra: Coimbra Editora, 1969.
- IRTI, Natalino. *Lecture bettiane sul negozio giuridico*. Milano: Giuffrè, 1991.
- EHRHARDT JÚNIOR, Marcos Augusto de Albuquerque. O princípio constitucional da solidariedade e seus reflexos no campo contratual. [www.jusnavegandi.com.br](http://www.jusnavegandi.com.br), em 20.06.2012.
- BROWNSWORD, Roger. *Contract Law. Themes for the twenty-first century*. Oxford, 2006.
- BRITO, Maria Helena. *O contrato de concessão comercial*. Coimbra: Almedina, 1990.
- CHAMPAUD, Claude. La concession commerciale, *Revue Trimestrielle de Droit Commerciale*, v. 3, 1963, p. 451-504. GUYENOT, Jean. Les conventions d'exclusivité de vente. *Revue Trimestrielle de Droit Commerciale*, v. 3, 1963, p. 513-537.
- MAYMON-GOUTALOY, Mireille. Contre une intervention législative en matière de concession commerciale. *Revue Trimestrielle de Droit Commerciale et de Droit Economique*, v. 4, 1982, p. 519-538.
- MOSCHEL, Wernhard. La distribution sélective d'automobiles em dorit europén de la concurrence. *Revue Trimestrielle de Droit Commerciale e de Droit Économique*, v. 1, 1991, p. 1-26.
- REALE, Miguel. Sistema normativo das concessões comerciais de veículos automotivos. In: *Questões de direito privado*, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 149-183.
- REALE, Miguel. Característicos do contrato de concessão comercial. In: *Questões de direito privado*, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 183-191.

- COMPARATO, Fábio Konder. Franquia e concessão de venda no Brasil: da consagração ao repúdio? *Revista de Direito Mercantil*, v. 18, p. 53-65.
- GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Aplicação analógica da lei dos revendedores. *Revista de Direito Mercantil*, v. 49, p. 34-41.
- MELO, Claudineu. *Contrato de distribuição*. São Paulo: Saraiva, 1987.
- REQUIÃO, Rubens. O contrato de concessão de venda com exclusividade (concessão comercial). *Revista de Direito Mercantil*, v. 7, p. 17-45.
- WALD, Arnoldo. *Estudos e pareceres de direito comercial (os contratos de concessão exclusiva para distribuição de gasolina no direito brasileiro)*. São Paulo, 1979, p. 180-207.
- RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *O problema do contrato, as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 2003.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.