

## **OS PRINCÍPIOS CLÁSSICOS DO CONTRATO E A FUNÇÃO SOCIAL: Uma necessária harmonização**

### **THE CLASSICAL PRINCIPLES OF THE CONTRACT AND SOCIAL FUNCTION OF THE CONTRACT: The need for harmonizing.**

**Andréa Lupo<sup>1</sup>**

#### **RESUMO**

Este trabalho é uma análise sobre a necessária releitura dos princípios clássicos do contrato para melhor se coadunarem com o princípio da função social do contrato. A necessidade dessa harmonização se faz urgente, tendo em vista que a função social do contrato, inserta em um Código Civil dotado de princípios e de cláusulas abertas, é mecanismo apto a responder às questões impostas pela sociedade contemporânea. Deixar de flexibilizar os princípios ora em análise, significa mitigar as possibilidades do princípio da função social afastando-o da verdadeira atuação que lhe é imposta. A fim de demonstrar essa necessidade de harmonização entre os princípios clássicos do contrato e ao princípio da função social, inicia-se o presente trabalho demonstrando que a temática da função social não é nova. No entanto, se transmudou e se alargou com a Constituição Federal de 1988 e com o Código Civil de 2002. Em seguida apresenta-se o atual Código Civil Brasileiro, seu mecanismo de atuação e princípios para então discorre-se sobre os princípios da autonomia privada, da relatividade dos efeitos do contrato e da força obrigatória dos contratos sob o enfoque da função social. Cuidou-se de analisar a temática proposta sob uma nova concepção: o Direito Civil Constitucional.

**Palavras-chave:** Função social do contrato; princípios contratuais clássicos; releitura.

#### **ABSTRACT**

This paper is an analysis of the necessary reinterpretation of the classical principles of the contract in order to adjust them to the more recent principle of the social function of the contract. The need for this harmonizing is urgent, taking into consideration that the social function of the contract, inserted in a Civil Code that contains open principles and clauses, is a mechanism able to respond to the issues imposed by the contemporary society. Not flexibilizing these principles it may mean to undermine the possibilities of applying the principle of the social function, taking away from it its true performance, which is inherent to it. In order to demonstrate the need to harmonize these classical principles of the contract to the principle of the social function, the present work starts by showing that the theme of social function is not a new one, however, it has suffered changes and it was broaden by the 1988 Federal Constitution and by the 2002 Civil Code. After that, the principles and the performance mechanisms of the Brazilian Civil Code are presented, and then the principles of the party's autonomy, of the relativity of the effects of the contract and of the binding character of the contract are discussed in the light of the social function principle. The proposed theme was analysed through a new concept, that is: the Constitutional Civil Rights.

**Key Words:** Social Function of the contract; classical principles of the contract; reinterpretation.

---

<sup>1</sup> Pós Graduada em Direito Processual Civil pela Fundação Armando Alvares Penteado – FAAP, Mestranda do programa de Pós-Graduação da Faculdade Autônoma de Direito – FADISP – área de concentração: Função Social do Direito, Advogada – e-mail para contato: [alupo@outlook.com](mailto:alupo@outlook.com).

## 1 CONTEXTUALIZAÇÃO

A ideia de função social do direito não é nova, tendo em vista que, em 1917, a Constituição dos Estados Unidos do México já trazia preocupações com os direitos sociais. Essa carta foi a primeira a atribuir aos direitos trabalhistas a qualidade de direitos fundamentais.<sup>2</sup>

Mais abrangente foi a Constituição de Weimar, (Alemanha, 1919) que instituiu a primeira República Alemã. O contexto histórico à época era de uma Alemanha que buscava se reconstruir após derrota sofrida na Primeira Guerra Mundial, e ainda, precisava lidar com o ônus do Tratado de Versalhes,<sup>3</sup> que imposto pelos países vitoriosos, era fonte de inúmeras obrigações, e representava grande fardo à Alemanha derrotada<sup>4</sup>.

Assim, a Constituição alemã de 1919 foi promulgada em uma Alemanha dilacerada pela guerra, em uma sociedade pulverizada em grupos de interesses conflitantes, gerando um enfraquecimento do Estado que refletia na própria ordem constitucional. Ademais, posteriormente, essa fragmentação social foi a principal responsável pelo colapso da República de Weimar.

No entanto, os dispositivos da Constituição de Weimar eram inovadores e propunham um caminho coerente para alcançar uma unidade democrática por meio da implementação de direitos de ordem social. O texto constitucional está dividido em duas partes: a primeira trata da estrutura administrativa do “Reich” e dos poderes estatais, a segunda dispõe sobre os direitos e obrigações do povo alemão, dentro os quais, os de ordem social, como: educação, saúde, a proteção à infância e à maternidade e dignidade trabalhista. Foi exatamente nessa segunda parte que a Constituição alemã abriu caminho para a construção do Estado Social, consagrando os direitos econômicos e sociais de segunda geração.

Vale ainda o destaque que a mais influente expressão à função social diz respeito a

---

<sup>2</sup>**Direitos Humanos na Internet**, disponível em:<<http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/anthist/mex1917.htm>> acesso em: 20 nov. 2014.

<sup>3</sup> Pelo Tratado de Versalhes, assinado em 28 de junho de 1919, a Alemanha foi proibida de manter a Marinha e a Aeronáutica, bem como, ficou obrigada a pagar aos países vencedores uma indenização de, aproximadamente, trinta e três bilhões de dólares, além de renunciar a todas as suas colônias da Ásia e da África, devendo ainda, entregar o Porto de Dantzig à Polônia e às regiões da Alsácia e da Lorena à França. O que se almejava era enfraquecer a Alemanha militarmente e economicamente para impedir que se restabelecesse como potência.

<sup>4</sup> AUAD, Denise. Os direitos sociais na Constituição de Weimar como paradigma do modelo de proteção social da atual Constituição Federal Brasileira, **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 103, p. 337–355, 2008.

propriedade<sup>5</sup> e vem esculpida no artigo 153<sup>6</sup> da constituição alemã. A famosa fórmula: Eigentum verpflichtet (a propriedade obriga) é precursora ao conjugar uma obrigação a um direito.

Fabio Konder Camparoto aponta a importância das constituições mexicana e alemã, bem como, da Assembleia das Nações Unidas, para a consolidação do Estado Social:

Apesar das fraquezas e ambiguidades assinaladas, e malgrado a sua breve vigência, a Constituição de Weimar exerceu decisiva influência sobre a evolução das instituições políticas em todo o Ocidente. O Estado da democracia social, cujas linhas-mestras já haviam sido traçadas pela Constituição mexicana, de 1917, adquiriu na Alemanha, de 1919, uma estrutura mais elaborada, que veio a ser retomada em vários países após o trágico interregno nazifacista e a 2ª Guerra Mundial. A democracia social representou efetivamente, até o final do século XX, a melhor defesa da dignidade humana, ao complementar os direitos civis e políticos – que o sistema comunista negava – com os direitos econômicos e sociais, ignorados pelo liberal-capitalismo. De certa forma, os dois grandes Pactos internacionais de direitos humanos, votados pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1966, foram o desfecho do processo de institucionalização da democracia social, iniciado por aquelas duas Constituições no início do século<sup>7</sup>.

No Brasil, desde Constituição da República de 1946, a função social se fez presente em todas as cartas brasileiras, notadamente por meio da função social da propriedade. Porém, nas codificações oitocentistas marcadas pelo caráter individualista, a função social não figurou como princípio, mas significava, em matéria contratual: “o papel que o contrato deveria desempenhar no fomento às trocas e à prática comercial como um todo.”<sup>8</sup>

Assim, foi com a Constituição Federal de 1988, que adotou as causas sociais como premissa básica de promoção de novos valores, bens e direitos, que o princípio da função social encontrou lastros, e baseada na densidade axiológica daquela carta, ganhou outros contornos, contornos esses, esculpidos pela dignidade da pessoa humana, solidariedade e justiça social.

No entanto, só posteriormente, com o Código Civil de 2002, que o princípio da função social veio a tomar corpo como expressão de “diretriz da socialidade”<sup>9</sup>. Nesse sentido são os

---

<sup>5</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. Função Social do Contrato: Primeiras Anotações, **Revista dos Tribunais**, v. 823, p. 67-83, 2004, p. 67.

<sup>6</sup> Artigo 153: A propriedade obriga. Seu uso deve servir simultaneamente ao bem comum.

<sup>7</sup> CAMPAROTO, Fabio Konder, **A afirmação Histórica dos Direitos Humanos**, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 188-9.

<sup>8</sup> TEPEDINO, Gustavo. **Notas sobre a função social dos contratos**, disponível em: <<http://www.tepedino.adv.br/wp/wp-content/uploads/2012/09/biblioteca12.pdf>>, acesso em: 20 nov. 2014.

<sup>9</sup> MARTINS-COSTA, Judith, Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos, **Revista DIREITO GV**,

ensinamentos de Calixto Salomão Filho:

A função social, presente como princípio jurídico em muitas constituições ocidentais desde a célebre previsão da Constituição de Weimar, sofre uma notável evolução no século XX que influencia profundamente sua aplicação atual. Deve necessariamente ser lembrada no momento em que o novo Código Civil propõe uma nova e interessante extensão do conceito.<sup>10</sup>

O Código Civil de 2002, em seu artigo 421, estende de forma expressa o princípio da função social aos contratos, submetendo a liberdade de contratar à razão e aos limites da função social do contrato, e assim, consolida a transição entre a liberdade apenas de forma, para liberdade substancial.

O que se percebe até aqui, é que os aspectos históricos e sociais são responsáveis pela construção dos significados valorativos dos termos e princípios jurídicos, ou seja, se moldam de acordo com os anseios e necessidades da sociedade de sua época, e não foi diferente com a função social, que se atualizou e se alargou a fim de responder às necessidades da contemporaneidade.

Nesse sentido, cumpre citar as palavras do professor Luis Edson Fachin:

Os valores estão diretamente vinculados a um dado momento histórico. Basta conferir que os valores éticos previstos no Código Civil de 2002 intentam dizer respeito ao momento histórico atual, visto que, no Código Civil de 1916, a preocupação do legislador estava atrelada à circulação de riqueza e à segurança dos negócios jurídicos de outra configuração do Estado e da sociedade, e não ao comprometimento e à busca da concretude material das relações jurídicas.<sup>11</sup>

O presente estudo considerará o princípio da função social do contrato a partir da promulgação do Código Civil de 2002, a fim de analisar as necessárias releituras dos princípios da autonomia privada, da relatividade dos efeitos contratuais e da força obrigatória dos contratos, em virtude do princípio da função social do contrato.

## 2 O CÓDIGO CIVIL DE 2002

O atual Código Civil (instituído pela Lei 10.406 de 10.01.2002) é um código de

---

v. 1, n. 1, p. 41–66, 2014.

<sup>10</sup> SALOMÃO FILHO, Função Social do Contrato: Primeiras Anotações, p. 67.

<sup>11</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Direito Civil, sentidos, transformações e fim**, Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 58.

princípios, expressos ou não, baseado em cláusulas gerais,<sup>12</sup> a fim de permitir um direito mais concreto e eficaz, buscando na ordem principiológica constitucional a melhor solução à luz dos direitos fundamentais.<sup>13</sup>

A cláusulas gerais inseridas no Código Civil de 2002 são vitais para a efetividade dos princípios jurídicos tendo em vista que são mecanismos para, em sistemas codificados operantes em realidades de profunda mudança social e de necessidade de introdução de valores éticos, permitir a operatividade dos princípios.<sup>14</sup>

Judith Martins-Costa traz as cláusulas gerais como janelas abertas aptas a permitir a interação do Código Civil e a constituição:

[...] um Código não-totalitário tem janelas abertas para a mobilidade da vida, pontes que o ligam a outros corpos normativos - mesmo os extrajurídicos- e avenidas, bem trilhadas, que o vinculam, dialeticamente, aos princípios e regras constitucionais. [...] Estas "janelas", bem denominadas por Irti, de "concetti di collegamento"<sup>15</sup> com a realidade social são constituídas pelas cláusulas gerais, técnica legislativa que conforma o meio hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico codificado, de princípios valorativos ainda não expressos legislativamente, de standards arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de conduta não previstos legislativamente.<sup>16</sup>

São por essas janelas abertas no Código Civil e pela incorporação no texto constitucional de vários princípios e regras tipicamente de Direito Privado<sup>17</sup>, que tramita o Direito Civil Constitucional<sup>18</sup>, sendo assim, imperativo que as normas de Direito Civil sejam interpretadas em conformidade com a constituição e que Código Civil seja mecanismo apto a

---

<sup>12</sup> Cláusula geral entendida como uma espécie de texto normativo, cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o consequente (efeito jurídico) é indeterminado. Há, portanto, uma indeterminação legislativa em ambos os extremos da estrutura lógica normativa.

<sup>13</sup> FACHIN, **Direito Civil, sentidos, transformações e fim**, p. 53.

<sup>14</sup> PENTEADO, Luciano de Camargo. O "que" de específico nas cláusulas gerais, **Revista DIREITO GV**, v. 1, n. 1, p. 149-152, 2014.

<sup>15</sup> IRTI, Natalino. **Codice civile e società politica**, Roma: Laterza, 1999, p. 35; Apud JUDITH MARTINS-COSTA, O novo Código Civil brasileiro: em busca da "ética da situação", **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito-PPGDir./UFRGS**, v. 2, n. 4, 2002.

<sup>16</sup> MARTINS-COSTA, O novo código civil brasileiro.

<sup>17</sup> São exemplos de matérias de direito civil inseridas na constituição: a) os direitos da personalidade e a indenização do dano moral previstos no inc. X do art. 5º da Constituição Federal de 1988; b) a CF/88 igualou os cônjuges quanto ao exercício de seus direitos e deveres; c) no §5º de seu artigo 226; determina ainda a CF/88 que o Estado promova, na forma da lei, a defesa do consumidor (art. 5º, inc. XXXII), estabelecendo seu art. 170, inc. V, o princípio da defesa do consumidor.

<sup>18</sup> É preciso ressaltar que o Direito Civil Constitucional não se dá apenas formalmente na Constituição, sendo muito mais que normas de direito privado inseridas no texto constitucional.

efetivação dos direitos fundamentais.

Nesse particular são os ensinamentos do Professor Titular de Direito Civil da Universidade Federal do Paraná, Luiz Edson Fachin:

As Constituições, tidas como ápice na ordem hierárquica das normas dentro de determinado território, por si, não abrange por completo as relações jurídicas da vida social. No entanto, seus princípios devem nortear todas as searas do ordenamento. Esse pensamento aplica-se tanto nas relações entre Estado e indivíduos quanto nas relações interindividuais; os valores e princípios constitucionais têm sua eficácia reconhecida diretamente nas relações entre indivíduos.<sup>19</sup>

Notadamente a função social dos contratos possui íntima relação com as cláusulas gerais, e assim, com a efetivação dos direitos fundamentais, tendo em vista que constitui uma das mais importantes cláusulas gerais da atual codificação privada<sup>20</sup>.

Necessário se faz, sem pretensões de esgotar o tema, trazer à análise os princípios do Código Civil de 2002, com o objetivo de entender por quais caminhos a codificação elegeu percorrer e quais as repercussões que isso gerou para o Direito Contratual.

O princípio da eticidade está presente na atual codificação na medida em que se distancia do tecnicismo institucional advindo da experiência do direito romano, e se envereda na busca dos valores éticos em todo o Direito Privado, utilizando-se para isso das cláusulas gerais e afastando a preocupação do encaixe perfeito entre norma e fato,<sup>21</sup> vale dizer, os modelos e conceitos não são os verdadeiros objetos desse direito, mas apenas, seu instrumento<sup>22</sup>.

O princípio da eticidade pode ser percebido no art. 113<sup>23</sup> da atual codificação privada, tendo em vista que valoriza a conduta ética e a boa-fé objetiva ao determinar que “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”. Esse dispositivo ecoa de forma profunda nos contratos e mantém relação simbiótica com o princípio da função social dos contratos ao determina que os contratos devem ser interpretados de acordo com o meio social que o cercam.<sup>24</sup>

---

<sup>19</sup> FACHIN, **Direito Civil, sentidos, transformações e fim**, p. 61.

<sup>20</sup> TARTUCE, Flávio. **Função social dos contratos do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002**, 2. ed. São Paulo: Método, 2007, p. 52.

<sup>21</sup> *Ibid.*, p. 55.

<sup>22</sup> FACHIN, **Direito Civil, sentidos, transformações e fim**, p. 51.

<sup>23</sup> São ainda exemplos do princípio da eticidade no Código Civil, os artigos 187 e 422.

<sup>24</sup> TARTUCE, **Função social dos contratos do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002**, p. 56.

No que concerne ao princípio da solidariedade, é precursor da função social dos contratos, e significa oposição à postura patrimonialista oriunda do século XIX, em especial do Código Civil Napoleônico, primando pela busca da valorização do desenvolvimento humano, como reflexo da sociedade e da dignidade da pessoa concretamente considerada em suas relações interpessoais, isto é, passou-se do indivíduo ao sujeito, e do sujeito à cidadania.<sup>25</sup>

São do Prof. Dr. Miguel Reale, supervisor da Comissão Elaborada e Revisora do novo Código Civil, as palavras proferidas em 7/04/2003, no Tribunal de Contas de São Paulo, que melhor podem definir os princípios da socialidade e da eticidade, e, somente como aos grandes mestres é concedido, nos faz sentir a dimensão do voo que o Código Civil de 2002 pretendeu alcançar:

Eu dou preferência ao tempo do cérebro e do coração, sobretudo ao tempo das batidas do coração que abrem à compreensão da ética e da socialidade, os dois valores básicos da nova codificação, nova codificação que eu resumiria assim: um conjunto de normas abertas, em função das necessidades econômicas, éticas e sociais da Pátria Brasileira, sem o individualismo do século passado mas com a socialidade e a eticidade exigidas em nosso tempo.<sup>26</sup>

Conforme oportuno ensinamento de Flávio Tartuce<sup>27</sup>, extrai-se das palavras de Miguel Reale, que eticidade e socialidade são, respectivamente, cérebro e coração do Código Civil de 2002. Destarte, tais princípios são vitais, e devem ser presença constante em todo ordenamento privado, sob pena de fragiliza-lo.

Por derradeiro, cabe-nos analisar o princípio da operabilidade do Código Civil de 2002, que, além de visar a concretude e efetividade através das cláusulas gerais, a operabilidade também prima por buscar facilitar a interpretação e a aplicação dos institutos, eliminando dúvidas, como faz ao distinguir os institutos da prescrição extintiva e da decadência (art. 189 a 211 do CC), questão, que na codificação anterior era objeto de grandes dúvidas.<sup>28</sup>

Compreendido o espírito do Código Civil de 2002 e a significância que teve no reposicionamento das figuras centrais do direito subjetivo, fundamentado nos princípios constitucionais de um Estado Social, é possível avançar no presente estudo, para se analisar os

---

<sup>25</sup> FACHIN, **Direito Civil, sentidos, transformações e fim**, p. 59.

<sup>26</sup> REALE, Miguel. **O processo de Reforma do Código Civil**, Tribunal de Contas do Município de São Paulo, disponível em: <[http://www.tcm.sp.gov.br/legislacao/doutrina/07a11\\_04\\_03/1miguel\\_reale1.htm](http://www.tcm.sp.gov.br/legislacao/doutrina/07a11_04_03/1miguel_reale1.htm)>, acesso em: 22 ago. 2014.

<sup>27</sup> Apontamentos em sala de aula. Pós Graduação *stricto sensu* FADISP - 2º semestre de 2014.

<sup>28</sup> TARTUCE, **Função social dos contratos do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002**, p. 65.

princípios contratuais clássicos inseridos na contemporaneidade que se impõe, notadamente em face da função social do contrato, esculpida como cláusula geral determinada a garantir efetividade aos princípios do Direito Civil Constitucionais.

### **3 O DIREITO CONTEMPORÂNEO E OS PRINCÍPIOS CLÁSSICOS DO DIREITO CONTRATUAL**

Tendo em vista que todo o ordenamento jurídico redefiniu seu centro valorativo de maneira que o indivíduo deu lugar à pessoa humana, na busca pela igualdade substancial, e que o contrato não existe isoladamente, mas sim dentro de um conjunto normativo, o contrato segue o caminho das alterações ocorridas, a fim de responder aos anseios da sociedade contemporânea, “impondo-se ao contrato o limite da função social, que passa a ser sentido orientador da liberdade de contratar, pilar e espelho da sociedade brasileira contemporânea”<sup>29</sup>.

Nesse particular, Tereza Negreiros:

Daí se afirmar que, ao lado da liberdade individual, a Constituição faz introduzir no direito dos contratos o valor da solidariedade. A tutela da dignidade da pessoa – tarefa agora confiada também ao Direito Civil – torna o direito contratual sensível à questão social, dotando-o de um caráter tutelar inteiramente estranho ao modo como o contrato era concebido pelo direito clássico.<sup>30</sup>

Destarte, não há como olhar o contrato com os mesmos olhos do passado, e por consequência os princípios clássicos da teoria contratual devem ser revistos de modo a refletirem a eleição pelo Direito Civil Constitucional do valor da solidariedade como caminho na busca da concretude material das relações jurídicas. “Novos tempos traduzem outro modo de aprender tradicionais institutos jurídicos”.<sup>31</sup>

Vale a transcrição de Giselda Maria F. Novaes Hironaka que reclama pela urgência desta releitura contratual:

Ora mais publicizado, ora mais socializado, ora mais poroso à intervenção estatal, ora mais limitado quanto ao seu conteúdo específico, ora mais funcionalizado, não importa. Todas essas faces são as faces do contrato, que se transmuda e evolui sempre, como a própria transmudação e evolução da pessoa humana e das relações que estabelece com os demais. A dinâmica própria da vida dos homens e a

---

<sup>29</sup> FACHIN, **Direito Civil, sentidos, transformações e fim**, p. 127.

<sup>30</sup> NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 127.

<sup>31</sup> FACHIN, **Direito Civil, sentidos, transformações e fim**, p. 127.



realidade jurídica subjacente conseguem explicar e justificar essa mobilidade, traçando-a naturalmente, conforme convém, e imprimindo o devido grau de certeza acerca da necessidade e urgência desta releitura contratual.<sup>32</sup>

É do fundamento constitucional da solidariedade social (art. 3º, I d CF) que surge a noção de função social do contrato prevista no art. 421 do Código Civil,<sup>33</sup> mas não se limita aí, tendo em vista que a função social do contrato está ligada à proteção dos direitos inerentes à dignidade da pessoa humana (art.1º, III da CF/1988) e a funcionalização da ordem econômica, operada pelo artigo 170 CF.<sup>34</sup>

Não nos propomos com o presente trabalho, bem como não entendemos necessário para o que aqui se pretende, encontrar uma definição para o princípio da função social do contrato. Mais do que definir, tal princípio deve ser *sentido*, motivo pelo qual, discorreremos, mesmo que de forma sucinta, sobre as alterações valorativas ocorridas no epicentro do Direito Civil. Ademais, perceber a forma de atuação do princípio da função social do contrato no ordenamento jurídico privado, é tanto mais produtivo e funcionalizante que a procura por uma definição.

Sendo assim, nos permitimos adentrar à análise dos princípios da autonomia privada, da relatividade dos efeitos contratuais e da força obrigatória dos contratos, no direito contratual contemporâneo e o reposicionamento por eles sofridos em decorrência do princípio da função social dos contratos, vistos à luz do Direito Civil Constitucional.

### 3.1 Princípio da autonomia privada

É mister para avançarmos, ter a exata compreensão da diferença entre liberdade de contratar e liberdade contratual.

A liberdade de contatar é aquela inerente a todas as pessoas, é a liberdade que cada um tem de realizar contratos ou de não os realizar, de acordo com sua exclusiva vontade e necessidade. Por isso, é naturalmente ilimitada,<sup>35</sup> entretanto, em alguns casos é possível a limitação, como por exemplo, a impossibilidade de se contratar com o poder público se não

---

<sup>32</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado, **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 97, p. 127–138, 2002.

<sup>33</sup> MORAES, Alexandre de (Org.). **Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil**, São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 481.

<sup>34</sup> TARTUCE, **Função social dos contratos do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002**, p. 250.

<sup>35</sup> HIRONAKA, Contrato.

houver autorização para tanto.<sup>36</sup>

A liberdade contratual tem relação com o conteúdo do negócio jurídico, ou seja, é considerada como a possibilidade de livre disposição de interesses pelas partes no negócio, vale dizer; é sua consistência interna, ou seja, as próprias cláusulas que compõem o negócio. Esta liberdade sofre limitações de normas de ordem públicas que determinam qual é o conteúdo obrigatório do contrato.

Ainda, nesse sentido, Paulo Velten, em trabalho apresentado na Pós Graduação de Direito Civil da PUC-SP, sob a coordenação de Rosa Maria de Andrade Nery, analisa a liberdade de contratar, sob o ângulo da vontade, ao dizer que a autonomia de vontade estriba-se na ideia segundo a qual todo sujeito possui liberdade bastante para contratar *a vontade*, sendo importante apenas que manifeste a vontade livre de vícios. Por outro lado, a autonomia privada advém da concepção de direito normativo da *potestade* da qual emanam normas inferiores, criadas não pelo Estado enquanto centro de poder, mas pelos próprios particulares que vão sofrer sua incidência. Assim, a autonomia privada é restrita pela norma estatal, que tem caráter absoluto. Em conclusão, Paulo Velten afirma:

Na nova moldura jurídica, perdeu força o individualismo do Direito Civil clássico. Com a evolução da sociedade moderna, com o advento dos contratos de massa e das transações realizadas via Internet – operações ordinariamente capitaneadas por grandes corporações-, não faz mais sentido manter a vontade no altiplano dos negócios jurídicos, com natural privilégio da vontade da parte mais poderosa, porquanto, recordando a célebre frase do religioso francês Henri Lacordaire: “entre o fraco e o forte a liberdade escraviza e a lei liberta.”<sup>37</sup>

São por esse mesmo caminho as lições de Luis Edson Fachin ao afirmar que: “A liberdade, pois, pode violar a própria liberdade, e aí atuação jurídica é fundamental para garantir o livre desenvolvimento da personalidade e dar limites à liberdade contratual,”<sup>38</sup> encerra dizendo: “Liberdade que atenta contra a dignidade é intolerável.”<sup>39</sup>

---

<sup>36</sup> TARTUCE, Flávio, **Direito Civil. Teoria Geral dos contratos e Contratos em Espécie**, 9. ed. São Paulo: Método, 2014, p. 55.

<sup>37</sup> VELTEN, Paulo. Função social do contrato: cláusula limitadora da liberdade, *in*: NERY, ROSA MARIA DE ANDRADE (Org.), **Função do direito privado: no atual momento histórico**, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006, p. 411–440.

<sup>38</sup> FACHIN, **Direito Civil, sentidos, transformações e fim**, p. 61.

<sup>39</sup> *Ibid.* A fim de dar exemplo de caso que a liberdade viola a própria liberdade o Professor Titular de Direito Civil da Universidade Federal do Paraná rememora “o caso julgado pelo Supremo Tribunal alemão, apreciando a validade de fiança prestada por filha de 21 anos para uma garantia de dívida de soma astronômica (a moeda, no caso, era marco anteriormente ainda ao euro), contraída pelo pai junto a uma instituição bancária. O exemplo é antigo, mas a utilidade é presente. A fiadora não tinha patrimônio algum de relevo. Nem mesmo tinha percepção

Gustavo Tepedino ensina que a função é elemento interno e razão justificativa da autonomia privada, a fim de instrumentalizar as estruturas jurídicas aos valores do ordenamento, e assim possibilitar um controle concreto da atividade privada. E, citando Pietro Perlingieri,<sup>40</sup> afirma que: “o ato lícito não é por si só valorável, para receber um juízo sobre eles, o ato deve ser também merecedor de tutela” e justifica dizendo que:

É a função que permite que o controle social não se limite ao exame de estruturas ou tipos abstratamente considerados – segundo o qual, por exemplo, uma locação cujo objeto fosse lícito seria sempre legítima – dando lugar ao exame do merecimento de tutela do tipo em concreto – a verificar qual a função econômico-individual que desempenha aquela locação no caso concreto.<sup>41</sup>

Aqui, deve-se entender que a função social é elemento do contrato, e mais, é possível afirmar que a função social também é conteúdo do ato jurídico, de modo que, lhe faltando esse conteúdo, o ato jurídico não merece ser valorado.

A norma contida no artigo 187 do Código Civil corrobora com a defendido ao determinar que: “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestadamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Pois bem, o artigo 187 do Código Civil ao condicionar a licitude do ato aos “limites impostos pelo fim social” está determinando que um ato para ser lícito deve observar, além de outros fatores, a função social, de maneira que, o ato jurídico não cumprindo sua função social deixa de ser lícito, tornando-se ilícito.<sup>42</sup>

Sendo a função social elemento do contrato (e mais, do ato jurídico) não há como afastá-la, motivo pelo qual, é imprescindível que seja o princípio da autonomia da vontade transmutada em autonomia privada, para assim se coadunar com o referido princípio social, que como dito, é infestável.

Destarte, o princípio da autônomo da vontade, agora sob as vestes da autonomia privada, continua a ser princípio fundamental do Direito dos Contratos, mas com um diferente

---

clara da dívida contraída ou de sua função jurídica. Era operária de vencimentos mínimos, fantasticamente desproporcionais com o valor originário da dívida afiançada. O tribunal determinou a ineficácia da fiança.

<sup>40</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 92; Apud TEPEDINO, **Notas sobre a função social dos contratos**.

<sup>41</sup> TEPEDINO, **Notas sobre a função social dos contratos**.

<sup>42</sup> Percebe-se aqui uma aproximação entre a responsabilidade aquiliana e a reponsabilidade contratual.

centro valorativo, adaptando-se à contemporaneidade, para atender a sociedade globalizada e a economia de massa, ou seja, aos tempos de pluralismo e hipercomplexidade.

Assim, esse princípio traz limitações principalmente relacionadas com a formação e reconhecimento da validade dos negócios jurídicos,<sup>43</sup> condicionando a eficácia do negócio a essas limitações, e como visto, a limitações social é uma delas, de modo que, a função social possui relação simbiótica com o princípio da autonomia privada.

É preciso deixar claro que a função social não aniquila o princípio da autonomia privada ou da liberdade contratual, mas modifica seu alcance, nesse sentido cumpre citar Luiz Edson Fachin:

Não se trata de aniquilar a autonomia privada, mas sim de superar o ciclo histórico do individualismo exacerbado, substituindo-o pela coexistencialidade. Quem contrata não mais contrata apenas com quem contrata, eis aí o móvel que sinaliza, sob uma ética contratual contemporânea, para a solidariedade social.<sup>44</sup>

Não se trata, assim, de uma mitigação da autonomia da vontade, pois “a moderna teoria do contrato não enfraqueceu a autonomia da vontade, apenas deu-lhe um approach tendo em vista o fortalecimento da verdadeira liberdade de contratar entre os personagens socioeconômicos tão desiguais.”<sup>45</sup>

Se faz necessária a observação de que o artigo 421 do Código Civil, ao determinar que: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”, possui uma imprecisão em sua redação, já que, conforme o defendido até aqui, o que sofre limitação da função social é a liberdade contratual e não a liberdade de contratar. Nesse contexto: “melhor e mais técnico seria dizer que a função social do contrato limita a liberdade contratual e não a de contratar.”<sup>46</sup>

A transmutação do princípio da autonomia de vontade em autonomia privada reflete a alteração do que o princípio elegeu tutelar, tendo em vista que aquele procurava garantir a liberdade da vontade, bastando a expressão da vontade sem vícios para que fosse socialmente aceita, já o princípio da autonomia privada prima pela busca da liberdade substancial, ou seja, não é a simples manifestação de vontade sem vícios que garante sua legitimidade, mas sim, a

---

<sup>43</sup> TARTUCE, **Direito Civil. Teoria Geral dos contratos e Contratos em Espécie**, p. 57.

<sup>44</sup> FACHIN, **Direito Civil, sentidos, transformações e fim**, p. 127.

<sup>45</sup> MANDIM, Adriana. A função social do contrato e o princípio da boa-fé no Código Civil Brasileiro, **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, 2002.

<sup>46</sup> MORAES (Org.), **Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil**, p. 481.

análise de todo o contexto social em que o contrato está inserido.

Outra alteração ocorrida no princípio da autonomia privada, refere-se ao fato de que é preciso fazer uma leitura conjunta do princípio da autonomia privada e da função social, e dessa leitura se extrai, como não podia deixar de ser, que é máxima contratual o interesse social em sobreposição ao interesse do indivíduo, sem no entanto, afastar a funcionalização do contrato em relação aos contratantes, tendo em vista que lhes é garantida a dignidade da pessoa humana. Assim, é o coletivo visto tanto através do reflexo da sociedade quanto através da pessoa particularizada inserida nessa sociedade.<sup>47</sup>

### 3.2 Princípio da relatividade dos efeitos contratuais

O princípio da relatividade dos contratos estabelece que os direitos e deveres decorrentes de uma relação contratual, vinculam e têm efeito, geralmente, somente entre determinadas pessoas, isto é, as partes contratantes.

Esse princípio não está presente no Direito brasileiro de forma expressa, no entanto é deduzido de disposições do Código Civil de 2002: arts. 247 e 290.

Clóvis Beviláqua distingue os direitos pessoais patrimoniais dos direitos reais afirmando que: “os direitos obrigacionais consistem exclusivamente em prestações, *actos* positivos ou negativos, pelo que se fixam apenas no *acto* ou *facto* a ser executada, e somente podem ferir a pessoa que se vinculada pela obrigação no momento de seu cumprimento.”<sup>48</sup>

Tradicionalmente sempre foi ressaltada a impossibilidade de as obrigações produzirem efeito perante terceiro, entendimento que se traduz no brocardo *res inter alios acta*: as obrigações só vinculam as partes, não atingem terceiros, nem para beneficiar, nem prejudicar. Com base neste entendimento que se defende a relatividade dos direitos de crédito, sob o prisma da eficácia, que se contrapõe à característica absoluta dos direitos reais, que podem ser opostos *erga omnes*.

Vale dizer que o contrato, analisado sob o prisma da eficácia, que é um dos planos dos negócios jurídicos, plano esse que verifica se o contrato atinge sua plena realização, se limita a

---

<sup>47</sup> Nesses termos é o Enunciado 23 do Centro de Estudos da Justiça Federal: A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.

<sup>48</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das obrigações**, Rio de Janeiro: J. Riberio dos Santos, 1896 Apud; TARTUCE, **Função social dos contratos do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002**.

produzir efeitos entre as partes (eficácia *inter partes*). Em outras palavras: o direito do credor e de todas as demais posições jurídicas decorrentes da obrigação contratual têm o condão de serem exercidas exclusivamente em face do devedor, e não de qualquer pessoa. Por outro lado, a eficácia dos direitos reais é oposta *erga omnes*.

Acontece que essa tradicional distinção, levando em conta a eficácia somente perante as partes das obrigações, em contraponto à eficácia *erga omnes* dos direitos reais, já não é uma verdade absoluta no ordenamento, e tal distinção vem ganhando falhas, isso porque, atualmente, se tem defendido que os direitos de crédito também geram efeitos externos, produzindo assim eficácia para além das partes negocial. Nesse sentido Emília Moreira Belo:

Contra esta realidade, antes inquestionável, surgiu uma doutrina defendendo que as obrigações possuem eficácia externa. De acordo com esta teoria, embora os terceiros não possam ser compelidos ao cumprimento de obrigação da qual não se vincularam, todos têm o dever de respeito do direito de crédito alheio, podendo ser responsabilizados civilmente pela violação deste dever.<sup>49</sup>

Várias são as situações no ordenamento jurídico brasileiro em que relações jurídicas de direito obrigacional produzem efeitos externos. Maria Helena Diniz aponta como exemplo de direito obrigacional que produz efeito perante terceiro a responsabilidade dos herdeiros do contratante (art.1792 do CC) e a estipulação em favor de terceiro (art. 436 a 438 do CC). Flávio Tartuce menciona ainda a promessa de fato de terceiro (art. 439 e 440 do CC) e os arts. 17 e 29 do CDC (Lei 8.078/1990), que trata do consumidor por equiparação.

Ademais, é possível também verificar a mitigação da eficácia *erga omnes* dos direitos reais, como exemplo da Súmula 308 do Superior Tribunal de Justiça pela qual “A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel.”

Assim, é necessário oxigenar o princípio em estudo, a fim de se coadunar com os tempos de hipercomplexidade que exigem respostas à altura e na velocidade que a sociedade atual impõe.

Pois bem, Hugo Evo Magro Corrêa Urbano propõe a análise da relatividade do direito de crédito, sob perspectiva da eficácia do negócio jurídico, de maneira que: a) a relatividade (das relações obrigacionais) encontra sua projeção na eficácia interna, ou seja, nos efeitos

---

<sup>49</sup> BELO, Emília Moreira. Tutela externa do direito de crédito, **Revista dos tribunais Nordeste**, v. 6/2014, p. 75–106, 2014.

produzidos pelo contrato em relação ao devedor, tendo em vista que só ele pode descumprir a prestação contratualmente estabelecida, e não o terceiro, que pode apenas intervir para que o devedor descumpra. b) a eficácia externa se projeta na oponibilidade, que serve de fundamento para que as partes da relação obrigacional, possam fazer valer seus direitos frente a terceiro<sup>50</sup>.

No que concerne a função social do contrato, Nelson Nery Jr já defendia que a função social se não rompeu com o princípio da relatividade dos efeitos contratuais, ao menos significou uma ruptura desse princípio.<sup>51</sup>

O professor Flávio Tartuce defende que romper com o princípio da relatividade dos efeitos se trata de um desacerto, tendo em vista que: “contraria a própria concepção do princípio da autonomia privada e a própria concepção de contrato como típico instituto obrigacional”, no entanto, conclui afirmando que: “deve-se reconhecer que a função social dos contratos quebra parcialmente com a relatividade dos efeitos.”<sup>52</sup>

Nesse sentido foi aprovado, na I jornada de Direito Civil, o Enunciado n.21 do Conselho da Justiça Federal, que afirma: “a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral, a impor a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito.”

A tutela externa do crédito<sup>53</sup> pode ser observada no art. 608 do Código Civil que determina que “aquele que aliciar pessoas obrigadas em contrato escrito a prestar serviço a outrem pagará a este a importância que o prestador de serviço, pelo ajuste desfeito, houvesse de caber durante dois anos.”

Pois bem, entendemos que a função social do contrato significa ir além, e autoriza a

---

<sup>50</sup> URBANO, Hugo Evo Magro Corrêa. A eficácia externa dos contratos e a responsabilidade civil de terceiros, **Revista de Direito Privado**, v. 43, p. 180, 2010.

<sup>51</sup> NERY JUNIOR, Nelson. **Contratos no Código Civil. Apontamentos Gerais. O novo Código Civil. Estudos em homenagem ao prof. Miguel Reale**, São Paulo: LTr, 2003.

<sup>52</sup> TARTUCE, **Função social dos contratos do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002**, p. 193.

<sup>53</sup> No Brasil, caso emblemático de tutela externa do crédito, foi o processo entre a sociedade empresária Primo Schincariol Indústria de Cervejas e Refrigerantes S/A, que realizou contrato de exclusividade com o cantor Zeca Pagodinho para que figurasse como garoto propaganda, na campanha publicitária de sua nova cerveja, chamada "Nova Schin". No entanto, o referido cantor, fora aliciado pela concorrente, e em desrespeito à cláusula de exclusividade firmada naquele contrato, apareceu como garoto-propaganda da campanha publicitária da Companhia de Bebidas das Américas - Ambev, para promover a cerveja "Brahma". Na publicidade desta última, o mencionado cantor, faz referência à "Nova Schin", afirmando em refrão que "[fui] provar outro sabor, (...). Mas não largo o meu amor, voltei". Ressalta-se que em primeira instância o processo foi jugado improcedente, sendo reformado no Tribunal de Justiça de São Paulo, para dar provimento em parte ao recurso de apelação nº 9112793-79.2007.8.26.0000, data julgamento 12 e junho de 2013.

tutela externa de crédito nos casos não previsto no art. 608 do Código Civil.

Nesse sentido é o parecer de Antônio Junqueira de Azevedo que defende a responsabilidade aquiliana de empresa que vende combustível para um posto revendedor de determinada bandeira.<sup>54</sup>

Como se observa, o caso não é aquele previsto no art. 608 do CC, tendo em vista que a norma imputa responsabilidade ao aliciador do prestador de serviço, enquanto que no caso em análise se está responsabilizando aquele que alicia o tomador de serviço.

O que justifica o caminho tomado pelo referido parecer, estendendo a responsabilidade ao tomador de serviço é a função social dos contratos.<sup>55</sup>

Vale observar também, que o art. 186 do Código Civil, não afasta sua aplicação aos danos causados a direitos contratuais, o que, ao nosso ver, fortalece e auxilia a aplicação do princípio da função social do contrato, tendo em vista que autoriza responsabilizar terceiro que intervém em relação contratual.

Sobre a aplicação do artigo 186<sup>56</sup> do Código Civil nas obrigações contratuais, convém, citar Luís Gustavo Haddad:

Ademais, o art. 186 do Código Civil, quer em sua dicção legal, quer em sua interpretação doutrinária jurisprudencial, não restringe de modo peremptório o sentido da locução “violar direito” à violação de direitos absolutos, nem exclui, do conceito de dano, aquele causado a direitos contratuais. Isso inclusive permitiu que a doutrina brasileira invocasse a norma relativa à responsabilidade, constante da parte geral, para justificar fosse repreendida a conduta de terceiro que interferisse indevidamente em relação contratual alheia.<sup>57</sup>

O que se percebe portanto é que o princípio da função social do contrato está espalhado em todo o Código Civil, nos permitindo afirmar que há uma aproximação entre a responsabilidade aquilina e a responsabilidade contratual, e tal fato é reflexo do princípio social contido na codificação privada.

Destarte, a função social do contrato, como princípio que é, nos obriga a olhar o

---

<sup>54</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Estudos e pareceres de direito privado**, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

<sup>55</sup> TARTUCE, **Função social dos contratos do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002**, p. 193.

<sup>56</sup> Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

<sup>57</sup> HADDAD, Luís Gustavo. **Função Social do Contrato: um ensaio sobre seus usos e sentidos**, Dissertação (Mestre em Direito Civil) -Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.



contrato em todos seus vértices sob seu enfoque, assim, quando se indaga a respeito do terceiro na relação contratual, seja como for, tendo em vista que muito ainda deve ser repensado, por hora já é evidente “ que o terceiro não podem comportar-se como se o contrato não existisse.”<sup>58</sup>

### 3.3 Princípio da força obrigatória dos contratos

O princípio da força obrigatória do contrato, expresso pela fórmula *pacta sunt servanda*, é decorrente da autonomia privada e se traduz pela obrigatoriedade do que foi livremente estipulado pelas partes, imputando força de lei ao contratado. Assim, “o que nasceu por contrato, por livre vontade das partes, só pode ser modificado ou extinto pela vontade igualmente livre e comum das próprias partes.”<sup>59</sup>

Sendo o princípio da força obrigatória dos contratos decorrente do princípio da autonomia privada, e esse, como vimos, sofreu uma grande alternância de valores, é necessário que o *pacta sunt servanda* seja lido de forma a se harmonizar com o princípio da autonomia privada e com todo o direito privado contemporâneo.

A mudança do centro valorativo da autonomia privada, que deixou de consagrar a liberdade formal para tutelar pela liberdade substancial, buscando, em uma sociedade de massa, além de equilibrar as forças das partes contratantes garantir a liberdade efetiva desses contratantes, nos obriga a entender o princípio da força obrigatória do contrato como princípio que prima por garantir que os contratos sejam cumpridos e que nesse cumprimento se observe a boa-fé objetiva e a função social dos contratos. Nessa linha, são os ensinamentos de Paulo Lôbo:

O que interessa não é mais a exigência cega de cumprimento do contrato, da forma como foi assinado ou celebrado, mas se sua execução não acarreta vantagens excessiva para uma das partes e desvantagens excessivas para a outra, aferível objetivamente, segundo as regras da experiência ordinária. O princípio clássico *pacta sunt servanda* passou a ser entendido no sentido de que o contrato obriga as partes contratantes nos limites do equilíbrio dos direitos e deveres entre elas.<sup>60</sup>

Ao nosso sentir, o princípio ora em análise sofreu duas novas releituras, a primeira se refere a uma mitigação do princípio em relação as próprias partes, ou seja, internamente, a fim de garantir o equilíbrio contratual quando se verificar exageros; a segunda mitigação ocorre

---

<sup>58</sup> AZEVEDO, **Estudos e pareceres de direito privado**.

<sup>59</sup> PERLINGIERI, **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**, p. 278.

<sup>60</sup> LÔBO, Paulo. Princípios sociais dos contratos no CDC e no novo Código Civil. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 55, 1 mar. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2796>>. Acesso em: 9 dez. 2014.

externamente, quando se verificar que o ajustado entre as partes vai de encontro ao interesse social.

Assim, “o contrato deixa de ser apenas instrumento de realização de interesses pessoais, pois seu alcance vai além destes, em decorrência das obrigações derivadas da lei e dos princípios gerais do Direito, relevantes a toda a sociedade e prevalecente sobre o princípio *pacta sunt servanda*”<sup>61</sup>.

Sendo assim, a leitura do princípio da força obrigatória dos contratos deve ser feita no sentido de que os pactos possuem força obrigatória, e isso não deve ser mitigado, no entanto, sua execução deve obedecer os valores contidos no ordenamento jurídico, especialmente os valores sociais, como a função social do contrato e a boa-fé objetiva.

#### 4 CONCLUSÃO

“Da autonomia privada à liberdade substancial, das titularidades exclusivas aos deveres extraproprietários, dos modelos excludentes ao valor jurídico da efetividade, são exemplos dessa passagem da estrutura para a função.”<sup>62</sup>

Pelo exposto é possível perceber que muito se caminhou até aqui, no entanto, muito ainda há de ser percorrido. A função social do contrato, como demonstrado, é consequência de um novo centro valorativo do direito privado, que alterou as estruturas do contrato, obrigando uma releitura dos antigos dogmas e assim, por consequência, dos princípios contratuais clássicos.

Não há volta, no entanto, há de se avançar, tendo em vista que a sociedade contemporânea é cada vez mais rápida em suas mudanças e necessidades. A função social, da maneira que foi concebida, inserta em um código de princípios, dotado de cláusulas abertas, é mecanismo apto a perseguir os anseios dessa sociedade e dar repostas as questões que é chamada a pacificar.

Destarte, os princípios contratuais antes estanques devem ser flexibilizados para acompanhar o princípio da função social, sob pena de engessa-lo e assim ser menos do que pode ser. São necessárias soluções novas para novos problemas, é nesse sentido que se deve percorrer, vale dizer, “O código se faz, não nasce feito.”<sup>63</sup>

---

<sup>61</sup> FACHIN, **Direito Civil, sentidos, transformações e fim**, p. 106.

<sup>62</sup> *Ibid.*, p. 49.

<sup>63</sup> *Ibid.*, p. 56.

Em suma, o que deve-se entender é que, o princípio da função social do contrato (bem como dos demais princípios sociais) não está posicionado de forma antagônica aos princípios clássicos do contrato, no entanto, o Estado Social exige que a seguinte leitura seja feita: sendo os princípios clássicos compatíveis com o princípio da função social e com os demais princípios sociais, estes limitam àqueles, e, no caso de haver incompatibilidade entre os princípios clássicos do contratos e o princípio sociais, esses prevalecem sobre àqueles.

No entanto, é preciso não perder de vista que o caminho a percorrer deve vislumbrar novas conquistas, e a função social, com essa capacidade que lhe foi outorgada de ler a responder de forma quase que imediata às novas questões que lhe são impostas, tem o condão de caminhar ainda adiante, de maneira que se deve agora almejar novos objetivos ao princípio, na procura de se tutelar, além da igualdade funcionalizada, a liberdade substancial.

## REFERÊNCIAS

AUAD, Denise. Os direitos sociais na Constituição de Weimar como paradigma do modelo de proteção social da atual Constituição Federal Brasileira. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 103, p. 337–355, 2008.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Estudos e pareceres de direito privado**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BELO, Emília Moreira. Tutela externa do direito de crédito. **Revista dos tribunais Nordeste**, v. 6/2014, p. 75–106, 2014.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das obrigações**. Rio de Janeiro: J. Riberio dos Santos, 1896.

CAMPAROTO, Fabio Konder. **A afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

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

HADDAD, Luís Gustavo. **Função Social do Contrato: um ensaio sobre seus usos e sentidos**. Dissertação (Mestre em Direito Civil) -Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 97, p. 127–138, 2002.

IRTI, Natalino. **Codice civile e società politica**. Roma: Laterza, 1999.

MANDIM, Adriana. A função social do contrato e o princípio da boa-fé no Código Civil Brasileiro. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. O novo Código Civil brasileiro: em busca da “ética da situação”. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito–PPGDir./UFRGS**, v. 2, n. 4, 2002. Disponível em: <<http://www.seer.ufrgs.br/ppgdir/article/download/49214/30844>>. Acesso em: 21 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. **Revista DIREITO GV**, v. 1, n. 1, p. 41–66, 2014.

MORAES, Alexandre de (Org.). **Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

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

NERY JUNIOR, Nelson. **Contratos no Código Civil. Apontamentos Gerais. O novo Código Civil. Estudos em homenagem ao prof. Miguel Reale**. São Paulo: LTr, 2003.

PENTEADO, Luciano de Camargo. O “que” de específico nas cláusulas gerais. **Revista DIREITO GV**, v. 1, n. 1, p. 149–152, 2014.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Trad. Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

REALE, Miguel. **O processo de Reforma do Código Civil**. Tribunal de Contas do Município de São Paulo. Disponível em: <[http://www.tcm.sp.gov.br/legislacao/doutrina/07a11\\_04\\_03/1miguel\\_reale1.htm](http://www.tcm.sp.gov.br/legislacao/doutrina/07a11_04_03/1miguel_reale1.htm)>. Acesso em: 22 ago. 2014.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Função Social do Contrato: Primeiras Anotações. **Revista dos Tribunais**, v. 823, p. 67–83, 2004.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil. Teoria Geral dos contratos e Contratos em Espécie**. 9. ed. São Paulo: Método, 2014.

\_\_\_\_\_. **Função social dos contratos do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002**. 2. ed. São Paulo: Método, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. **Notas sobre a função social dos contratos**. Disponível em: <<http://www.tepedino.adv.br/wp/wp-content/uploads/2012/09/biblioteca12.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2014.

URBANO, Hugo Evo Magro Corrêa. A eficácia externa dos contratos e a responsabilidade civil de terceiros. **Revista de Direito Privado**, v. 43, p. 180, 2010.

VELTEN, Paulo. Função social do contrato: cláusula limitadora da liberdade. *In*: NERY, ROSA MARIA DE ANDRADE (Org.). **Função do direito privado: no atual momento histórico**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006, p. 411–440.

**Direitos Humanos na Internet**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/anthist/mex1917.htm>>. Acesso em: 20 nov. 2014.