

AUTONOMIA CONTRATUAL: DA ESTRUTURA À FUNÇÃO

CONTRACTUAL AUTONOMY: FROM STRUCTURE TO FUNCTION

Aline Valverde Terra*

Recebimento em novembro de 2015.

Aprovação em dezembro de 2015.

Resumo: O presente artigo analisa a contemporânea concepção da autonomia contratual. Observa-se o abandono da abordagem exclusivamente estrutural, em favor de análise funcional, por meio da qual se avalia a legitimidade dos interesses perseguidos pelas partes. Assumem fundamental importância nesse cenário a boa-fé objetiva, o equilíbrio das posições contratuais bem como a função social do contrato.

Palavras-chave: Autonomia privada. Autonomia contratual. Boa-fé objetiva. Equilíbrio Econômico. Estrutura. Função social.

Abstract: This article analyzes the contemporary conception of contractual autonomy. The purely structural approach is abandoned in favor of functional analysis, which evaluates if the interests pursued by the parties are legitimate. In this scenario, the objective good faith, the balance of the contract positions as well as the social function of the contract are extremely important.

Keywords: Private autonomy. Contractual autonomy. Objective good faith. Structure. Economic balance. Function

INTRODUÇÃO

Observa-se, na ordem contratual contemporânea, crítica cada vez mais contundente à centralidade da vontade individual como único elemento de fundamentação e legitimação da força obrigatória dos contratos. A autonomia privada, concebida outrora como a possibilidade de as partes se obrigarem como, quando e com quem quisessem, adquire novos contornos diante da contemporânea principiologia constitucional.

No modelo liberal clássico, o direito, confiando no jogo livre das vontades individuais, abdicava de intervir nos clausulados negociais, sob pena de ser acusado de restringir indevidamente a autonomia privada. A ordem jurídica se limitava, por conseguinte, a conferir a legalidade formal do ato de autonomia e sua correspondência à vontade das partes, mantendo-se indiferente à justiça material dos arranjos de interesses.

A passagem para o Estado Social de Direito, voltado à solidariedade, à igualdade, ao respeito à pessoa e à promoção de sua dignidade, altera, de modo significativo, a atuação estatal. Reconhece-se que, em sociedades desiguais, é a intervenção do poder público que garante e promove a liberdade da pessoa humana.

* Doutora em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ (2015). Rio de Janeiro-RJ, Brasil. Mestre em Direito Civil pela UERJ (2008). Professora do Programa de Pós-graduação da PUC/RJ. E-mail: ammvalverde@hotmail.com

A autonomia privada deixa, então, de ser considerada um valor em si mesmo, e passa a ser concebida como instrumento de promoção de finalidades constitucionalmente relevantes, como o são, a rigor, na esteira do que propugna a metodologia do direito civil-constitucional, todos os institutos jurídicos.¹ Afinal, “querer não é poder, em um ordenamento jurídico no qual o poder é disciplinado e regulado; o querer não é poder e o poder é atribuído pelo direito e não pela vontade das partes”.² É sempre necessário verificar se o ato de autonomia é lícito e merecedor de tutela, conforme, portanto, aos princípios constitucionais.³ Não há liberdade dissociada de outros valores incidentes na construção da noção de autonomia dos particulares.

Definida por Luigi Ferri como o poder, atribuído pela lei aos particulares, de criar direito, de estabelecer normas jurídicas,⁴ a autonomia *privada* é classificada a partir dos meios pelos quais se expressa: daí falar-se em autonomia *negocial* e autonomia *contratual*.⁵ A primeira designa as situações em que a autonomia se dirige à realização de negócios jurídicos; a segunda, por sua vez, refere-se às hipóteses em que aquele poder se volta à realização de específico negócio jurídico bilateral ou plurilateral de conteúdo patrimonial: o contrato.⁶ A autonomia negocial, mais abrangente do que a contratual, serve não só à concretização de

¹Para análise da metodologia civil-constitucional, confira-se: PERLINGIERI, Pietro. *Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente. Rassegna di Diritto Civile*, Napoli, v.1/5, p.188-216, 2005; TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: Temas de direito civil*. 4.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. t. 1. p.1-23; TEPEDINO, Gustavo. *Diálogos entre fontes normativas na complexidade do ordenamento. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, vol. 5, jul./set. 2015, p. 6-9. Disponível em: https://www.ibdcivil.org.br/rbdc.php?ip=123&titulo=%20VOLUME%205%20%20Jul-Set%202015&category_id=97&arquivo=data/revista/volume5/rbdcivil-vol5-12.01.16.pdf Acesso em 30.12.2015; KONDER, Carlos Nelson de Paula. *Distinções hermenêuticas da constitucionalização do direito civil: o intérprete na doutrina de Pietro Perlingieri. Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, vol. 60, n. 1, jan./abr. 2015, p. 193-213; SCHREIBER, Anderson. *Direito Civil e Constituição*. In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson de Paula (org). *Direito Civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2016, p. 1-23; TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Liberdade do intérprete na metodologia civil constitucional*. In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson de Paula (org). *Direito Civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2016, p. 47-70.

²PERLINGIERI, Pietro. *Relazione di sintesi*. In: FERRONI, Lanfranco (Coord.). *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002. p. 173 (tradução livre). No original: “*volere non è potere, in un ordinamento nel quale il potere è disciplinato e regolato; il volere non è potere e il potere è attribuito dal diritto e non soltanto dalla volontà delle parti*”.

³PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.343.

⁴FERRI, Luigi. *La Autonomia Privada*. Tradução de Luis Sancho Mendizábal. Granada: Comares, 2001. p.36. Cariota Ferrara destaca a importância da lei na atribuição de eficácia à vontade das partes, também referida no concito de Ferri. Por essa razão, afirma o autor, não se pode dizer que é vontade que produz os efeitos jurídicos decorrentes do ato de autonomia, nem que a força geradora repousa apenas no ordenamento jurídico, mas, sim, que é a lei que autoriza a autonomia privada, a possibilitar que o negócio produza os efeitos jurídicos desejados pelas partes, atribuindo-lhe eficácia (FERRARA, Luigi Cariota. *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011. p.61).

⁵É como distingue Pietro Perlingieri, que afirma: “*Una classificazione dell'autonomia 'privata' è fondata sui mezzi con i quali essa si esplica. Si discorre così di autonomia 'negoziale' e di autonomia 'contrattuale', muovendo dalla relazione di genere a specie che vincola, rispettivamente, il negozio (genus) al contratto (specie)*” (PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2005. p.340). O mesmo autor subdivide a própria categoria “autonomia contratual”, tradicionalmente “monolítica”, com base na natureza dos sujeitos em ação (p.346).

⁶PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*, cit., p.340.

negócios unilaterais, mas também, e sobretudo, à proteção de negócios não patrimoniais, ou existenciais.⁷

A heterogeneidade dos interesses implicados em cada ato de autonomia impede a identificação de disciplina única e, conseqüentemente, a configuração de categoria abstrata que englobe todos os atos de autonomia privada.⁸ Ao contrário, trata-se a autonomia privada de categoria que se qualifica quando se concretiza na relação jurídica, a merecer tutela se e enquanto, em seu concreto exercício,⁹ “seja apresentável como atuação da ordem jurídica dos valores”.¹⁰ A autonomia privadaganha, dessa forma, um predicado, identificado em italiano pela expressão “*meritevole*”, a significar que será tutelado pelo ordenamento jurídico o ato de autonomia que atenda a uma função juridicamente relevante. A liberdade, em um ordenamento social e solidário, deve ser regulada, moldada pelos valores de fundo nos quais o ordenamento se inspira.¹¹ Cuida-se, em suma, de funcionalizar os institutos jurídicos.¹²

Posto isso, sujeita-se o ato de autonomia a dupla ordem de controle: o controle de licitude e o de merecimento de tutela.¹³ O primeiro avalia se o ato concreto contraria as normas imperativas e os bons costumes. O segundo analisa a idoneidade do ato concreto para a efetiva promoção de valores fundamentais do ordenamento jurídico.¹⁴ O merecimento de tutela se reconduz à análise de justificação do ato a partir dos seus efeitos, não à avaliação estrutural, seara do juízo de licitude. Cuida-se, em síntese, da verificação da coerência dos efeitos perseguidos pelo ato de autonomia com os valores supremos da ordem jurídica: enquanto a inobservância das

⁷Na definição de Pietro Perlingieri, a autonomia negocial é “*il potere riconosciuto o attribuito dall'ordinamento al soggetto di diritto, privato o pubblico, di regolare con proprie manifestazioni di volontà interessi privati o pubblici, comunque non necessariamente propri*” (PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*, cit., p.341).

⁸PRISCO, Nicola di. Gli itinerari dell'autonomia privata. In: *Il contratto: Silloge in onore di Giorgio Oppo*. Padova: CEDAM, 1992. v.1. p. 103.

⁹PERLINGIERI, Pietro. Autonomia privata e diritti di credito. In: *Il diritto dei contratti fra persona e mercato: Problemi del diritto civile*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2003. p.29.

¹⁰PERLINGIERI, Pietro. I mobili confini dell'autonomia privata. In: *Il diritto dei contratti fra persona e mercato: Problemi del diritto civile*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2003. p.16 (tradução livre). No original: “*sia rappresentabile quale attuazione dell'ordine giuridico dei valori*”

¹¹PERLINGIERI, Pietro. Relazione di sintesi. In: FERRONI, Lanfranco (Coord.). *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002. p.167.

¹²PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

¹³Usa-se, neste estudo, a expressão “merecimento de tutela” para referir à análise funcional do ato, sem ignorar, todavia, a possível distinção entre abuso do direito e juízo de merecimento de tutela: o primeiro estaria ligado a juízo negativo, à violação da função atribuída pela ordem jurídica ao ato, enquanto o segundo encerraria juízo positivo, voltado a verificar a promoção de funções juridicamente relevantes. Para a distinção, confira-se: SOUZA, Eduardo Nunes de. Abuso do direito: novas perspectivas entre a licitude e o merecimento de tutela. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, n.50, p.35-91, abr./jun. 2012.

¹⁴PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*, cit., p.425.

normas imperativas conduz a um déficit estrutural, o não atendimento aos valores fundamentais acarreta um déficit funcional do ato de autonomia.¹⁵

O conceito de *meritevolezza*, ao servir de controle axiológico da autonomia privada, permite ampliar os confins de sua atuação, valorando positivamente novos esquemas negociais que promovam funções jurídica e socialmente úteis, como destaca Mirzia Bianca:

*Per concludere può ritenersi allora che la meritevolezza, in quanto specchio dei principi di un ordinamento, consente di superare il dettato di norme ordinarie di carattere generale, in quanto strumento che consente di allargare le maglie dell'autonomia privata. Nel dialogo mai sopito tra norme e principi, la meritevolezza consente di superare non solo, come ha evidenziato l'analisi giurisprudenziale, le strettoie della disciplina di un tipo negoziale, ma consente altresì, proprio in considerazione dei principi, di superare i limiti posti da norme ordinarie, se la posta in gioco è la realizzazione di valori che in un dato momento storico sono ritenuti conformi all'assetto ordinamentale di una data società. Questa prospettiva della meritevolezza ne conferma la strumentalità rispetto al principio di autonomia negoziale.*¹⁶

A autonomia privada se afasta, assim, de conotações arbitrárias e voluntaristas, e assume feição solidarista, a ser exercida em conformidade com o princípio da solidariedade social.¹⁷ Não se está diante, evidentemente, de processo de erosão da autonomia privada, mas de readequação de seus contornos em razão da alteração qualitativa promovida pelos princípios

¹⁵Sobre a distinção, ver, por todos, TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social do contrato. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. t. 3. p.145-155.

¹⁶BIANCA, Mirzia. Alcune riflessioni sul concetto di meritevolezza degli interessi. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, n.1, p.812-813, 2011. Em tradução livre: "Para concluir, pode-se considerar, então, que o merecimento de tutela, como espelho dos princípios de um ordenamento, consente superar o ditado de normas ordinárias de caráter geral, como instrumento que consente ampliar as malhas da autonomia privada. No diálogo, nunca esgotado, entre normas e princípios, o merecimento de tutela oportuniza a suplantação, conforme evidenciou a análise jurisprudencial, não apenas das amarras da disciplina de um tipo negocial, mas também, exatamente em consideração aos princípios, dos limites postos pelas normas ordinárias, se o que estiver em jogo for a promoção de valores que, em certo momento histórico, são considerados conformes ao assentamento do ordenamento de determinada sociedade. Essa perspectiva do merecimento confirma sua instrumentalidade em relação ao princípio da autonomia negocial".

¹⁷De acordo com Maria Celina Bodin de Moraes, "tal é, justamente, a medida de aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana: a ponderação, a ser feita em cada caso, entre liberdade e solidariedade, termos que, *stricto sensu*, são considerados contrapostos. De fato, a imposição de solidariedade, se excessiva, anula a liberdade; a liberdade desmedida é incompatível com a solidariedade. Todavia, quando ponderados, seus conteúdos se tornam complementares: regula-se a liberdade em prol da solidariedade social, isto é, da relação de cada um com o interesse geral, o que, reduzindo a desigualdade, possibilita o livre desenvolvimento da personalidade de cada um dos membros da comunidade" (BODIN DE MORAES, Maria Celina. Constituição de direito civil: tendências. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Coleção doutrinas essenciais: obrigações e contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v.3. p.359). Na mesma direção, ensina Fábio Konder Comparato, que a solidariedade é "o fecho de abóbada do sistema de princípios éticos, pois complementa e aperfeiçoa a liberdade, a igualdade e a segurança. Enquanto a liberdade e a igualdade põem as pessoas umas diante das outras, a solidariedade as reúne, todas no seio de uma mesma comunidade. Na perspectiva da igualdade e da liberdade, cada qual reivindica o que lhe é próprio. No plano da solidariedade, todos são convocados a defender o que lhes é comum. Quanto à segurança, ela só pode realizar-se em sua plenitude quando cada qual zela pelo bem de todos e a sociedade pelo bem de cada um dos seus membros" (COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p.577).

constitucionais. Trata-se, em definitivo, da necessidade de conformação, em cada caso, dos atos de autonomia ao projeto constitucional.

Os chamados limites à autonomia privada não são apenas externos, como outrora, mas também internos, expressão direta do ato e do seu significado constitucional, a alterar substancialmente seu próprio conteúdo.¹⁸ Nesse sentido, pode-se mesmo afirmar que a disciplina contratual ditada pelas partes encerra tão só o provisório regulamento de interesses, que se tornará definitivo na medida em que esteja de acordo com os ditames constitucionais. A coercibilidade das normas elaboradas pelos contratantes para reger suas condutas deixa de depender de forma exclusiva do acordo de vontades, e passa a se subordinar à sua conformidade às condições e aos limites em virtude dos quais este poder criador é concedido, e que decorrem diretamente da Constituição. Supera-se, dessa forma, o dogma da vontade, e inaugura-se o dogma da responsabilidade.¹⁹

1. A PROVISORIEDADE DA REGULAMENTAÇÃO AUTÔNOMA E A BOA-FÉ OBJETIVA

Releva nesse processo de redefinição da autonomia privada, a boa-fé objetiva, desenvolvida na Alemanha sobretudo após a edição, em 1900, do *BGB*,^{20,21} com o propósito de corrigir os excessos da liberdade individual.²² Firmando-se como princípio de lealdade recíproca entre os contratantes, a boa-fé objetiva erige-se como obstáculo ao exercício da autonomia privada em violação “aos parâmetros de convivência e confiança mútuas que devem reger um ambiente negocial sadio”,²³ ajustando, quando necessário, a disciplina

¹⁸CRISCUOLO, Fabrizio. *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2008. p.189-190.

¹⁹A conclusão é de BIANCA, Mirzia. *Alcune riflessioni sul concetto di meritevolezza degli interessi*, cit., 2011.

²⁰Cuidam especialmente do tema os §§ 157 e 242 do *BGB*: § 157. “Os contratos interpretam-se como o exija a boa-fé, com consideração pelos bons costumes do tráfico”; e § 242. “O devedor está adstrito a realizar a prestação tal como o exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfico” (MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001. p.325).

²¹Sobre o sentido inicial da boa-fé no *BGB* e sua posterior evolução, confira-se: MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa fé no direito civil*, cit., p.331 et seq.

²²Embora, quando da edição do *BGB*, a utilização da boa-fé tenha ficado restrita aos exatos limites referidos nos §§ 157 e 242, a eclosão da Primeira Guerra Mundial levou os Tribunais alemães a aplicá-la de forma mais ampla, de modo a criar, sob o “guarda-chuva” do § 242, diversas regras que dele não constavam expressamente. O processo se intensificou com a Segunda Guerra Mundial: “again § 242 BGB was invoked, and today it is a 'king' of the BGB”. De todo modo, “later the legislator codified some of the institutions which the courts had established, for instance hardship [...]”(LANDO, Ole. Is good faith an overarching general clause in the principles of European contract law? In: ANDENAS, Mads et al. *Liber amicorum Guido Alpa: private law beyond the national systems*. London: British Institute of International and Comparative Law, 2007. p.603-604). Em tradução livre: “mais uma vez, o § 242 do *BGB* foi invocado, e hoje é o ‘rei’ do *BGB*”. De todo modo, “mais tarde o legislador codificou alguns dos institutos que as cortes haviam estabelecido, como a cláusula de hardship [...]”.

²³SCHREIBER, Anderson. Abuso do direito e boa-fé objetiva. In: *Direito civil e constituição*. São Paulo: Atlas, 2013. p.49-60. p.53.

contratual estabelecida pelas partes, de acordo com as especificidades da concreta relação negocial.²⁴ A boa-fé objetiva “concorre na criação da *regula iuris* do caso concreto”²⁵ mesmo no âmbito de relações paritárias, construindo a disciplina negocial

*non solo nel senso del completamento del regime lacunoso mediante l'identificazione di obblighi aggiuntivi, ma anche nel senso della modifica sostanziale del dictum originario, nel quadro di una rettifica destinata a garantire la concreta realizzazione degli obiettivi complessivamente prefigurati dai paciscenti.*²⁶

Cuida-se, em verdade, da concretização do princípio constitucional da solidariedade social na esfera contratual, transformando as relações obrigacionais, concebidas inicialmente como o *locus* destinado à perseguição egoísta das satisfações individuais, em espaço de cooperação e solidariedade,²⁷ impondo aos contratantes que se empenhem em promover os interesses da contraparte, sem que isso importe, outrossim, em sacrifício de sua posição contratual de vantagem ou renúncia às situações de preponderância. No âmbito de relações paritárias, não caracterizadas pela vulnerabilidade, a boa-fé objetiva deve ser concebida nos seus exatos termos: como princípio que impõe honestidade e lealdade, atribuindo às partes deveres de colaboração condicionados e limitados pela função econômica e social do negócio celebrado.²⁸ Em qualquer relação contratual, as partes, inegavelmente, concorrem entre si na aquisição e manutenção de posições prevalentes, e a ordem jurídica não os impede de fazê-lo, afinal, referida postura é mesmo da essência das relações negociais. A boa-fé objetiva não se confunde, em definitivo, com atribuição de função abnegatória ou altruísta ao contrato.

Identificada a relevância da boa-fé objetiva como instrumento conformador da autonomia privada, largamente ratificada pela doutrina e jurisprudência, o desafio contemporâneo parece repousar na distinção de parâmetros, os mais diversos (porém específicos) possíveis, aplicáveis às variadas relações contratuais, que permitam ao operador do direito

²⁴PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*, cit., p.460.

²⁵No original: “*concorre a creare la regula iuris del caso concreto*” (PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*, cit.,p.461).

²⁶SPADAFORA, Antonio. *La regola contrattuale tra autonomia privata e canone di buona fede: prospettive di diritto europeo dei contratti e di diritto interno*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2007. p.212. Em tradução livre: “não somente no sentido de corrigir o regime lacunoso mediante a identificação das obrigações anexas, mas também no sentido de modificar substancialmente o *dictum* originário, no quadro de uma retificação que visa garantir a concreta realização dos objetivos conjuntamente prefigurados pelos contratantes”.

²⁷NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.117.

²⁸TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.41. Na mesma direção, confira-se Bianca: “*Es necesario por lo tanto avanzar hasta que punto la parte debe tener en cuenta los legítimos intereses de la contraparte. La especificación debe ser buscada en el límite del apreciable sacrificio, que circunscribe el deber de buena fe: precisamente, la buena fe requiere a la parte tener presente la utilidad de la contraparte en los límites en los cuales ello no importe un apreciable sacrificio*” (BIANCA, Massimo C. *Técnicas de formación del contrato y tutela del contratante débil: el principio de buena fe en el Derecho Privado Europeo*, cit., p.197, grifos no original).

analisar, no caso concreto, a legitimidade do ato de autonomia. Imprescindível, entretanto, não cair na tentação, sempre presente insidiosamente, de adotar abordagem tipificante da boa-fé objetiva, criando verdadeiros tipos de comportamento aos quais a conduta concreta deverá ser subsumida. Abordagem nesse sentido se revelaria extremamente limitadora e contrária à vocação expansiva da figura, como instrumento de concretização do princípio de solidariedade social.

2. DA ANÁLISE PROCEDIMENTAL DA JUSTIÇA CONTRATUAL AO PRINCÍPIO DO EQUILÍBRIO DAS POSIÇÕES CONTRATUAIS

Ao lado da boa-fé objetiva, outro inafastável parâmetro de legitimidade do exercício da autonomia privada é a renovada concepção do princípio do equilíbrio das posições contratuais. Tradicionalmente, sempre se entendeu que o equilíbrio era aquele combinado entre as partes.²⁹ Analisava-se a justiça do contrato sob aspecto meramente procedimental: bastava que a avença fosse fruto de consenso livre, suficientemente ponderado e adequadamente informado, para ser considerada justa.³⁰ Nos dias atuais, referida concepção deu lugar ao entendimento segundo o qual a concreta aferição do equilíbrio requer o balanceamento entre dois princípios constitucionais igualmente relevantes: a livre iniciativa, fundamento constitucional da autonomia contratual, e a solidariedade social.

Nesse sentido, embora se reconheça que o consenso informado seja instrumento de realização do equilíbrio das posições contratuais, a constituir um valor instrumental e não um valor fim,³¹ é preciso dar um passo adiante. A aferição do equilíbrio deve desprender-se da origem

²⁹Exemplo desta orientação é a seguinte explanação de João Baptista Villela: “Continuando, pode-se cravar mais fundo o punhal da razão interrogativa: por que não haveria o que censurar, quando é certo estar repousando o contrato do exemplo sobre uma enorme disparidade entre as prestações? Pela simples razão de que não é a aritmética que define o estatuto jurídico do contrato, senão a vontade mesma dos contratantes. Por que transparentes motivos ou obscuras razões quiseram contratar nas condições indicadas, é matéria de sua livre determinação. Fizeram-no interpretando as respectivas conveniências ou até – por que não? – cedendo a um capricho de suas mentes. Em regime político de liberdade contratual só às mesmas partes cabe fazer (e a si mesmas) essas perguntas. O Estado não tem porque intervir, sob pena de estar invadindo um domínio que não é o seu. Se é assim, deve-se concluir que o equilíbrio econômico-financeiro seria um conceito inútil, quem sabe mesmo prejudicial? De modo algum. O que se tem de compreender é que o senhor do conceito são as partes” (VILLELA, João Baptista. Equilíbrio do contrato: os números e a vontade. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Coleção doutrinas essenciais: obrigações e contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v.3. p.780).

³⁰Ainda nesse sentido, afirmando que a autonomia privada se sujeita apenas a controle de licitude e aquele de ordem procedimental, confira, na doutrina italiana, MOSCATI, Enrico. Autonomia privata e giustizia contrattuale (note minime sul controllo del contenuto del contratto e della congruità dei termini dello scambio). In: *Studi in onore di Giovanni Giacobbe*. Milano: Giuffrè, 2010. t. 2. p.1204.

³¹A observação é de Enrico Minervini. De acordo com o autor, “è vero quanto si sostiene abitualmente, che trasparenza e riequilibrio non possono essere identificati in quanto trasparenza non mira ad una tutela sostanziale degli interessi in gioco, bensì ad individuare le regole del gioco, e quindi ad indicare come ci si debba comportare correttamente sul mercato. Tuttavia, non vi è dubbio che il nesso di strumentalità fra trasparenza del contratto ed equilibrio, normativo ed economico, delle posizioni contrattuali sia particolarmente rilevante” (MINERVINI, Enrico. *Trasparenza ed equilibrio delle condizioni contrattuali nel testo unico bancario*. In: FERRONI, Lanfranco (Coord.). *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata*.

voluntarista do negócio, de modo que a justificado contrato emane não apenas do acordo de vontades que lhe dá origem, mas do merecimento de tutela do concreto regulamento. Significa, então, que se deve abandonar a análise voluntarista do equilíbrio das posições contratuais, em homenagem à investigação pautada no específico programa contratual, voltado à realização dos interesses perseguidos pelas partes. A justiça contratual deixa de ser avaliada com base na vontade arbitrária, no subjetivismo dos contratantes, e passa a depender da avaliação concreta do seu interesse a partir da específica disciplina contratual.

O equilíbrio das posições contratuais não abarca apenas a aferição do equilíbrio econômico do contrato. Cuida-se de análise mais ampla da relação contratual, identificada no regulamento capaz de conciliar os interesses contrapostos das partes.³²A rigor, didaticamente, é possível decompor o princípio do equilíbrio das posições contratuais em dois aspectos do mesmo fenômeno: o princípio do equilíbrio normativo e o princípio do equilíbrio econômico do contrato.³³Não há prevalência de um aspecto sobre outro; há complementaridade, conquanto nem sempre seja fácil distingui-los entre si.³⁴

O princípio do equilíbrio econômico do contrato, também designado equilíbrio material, recebeu tratamento tímido, praticamente insignificante, do legislador de 2002, que deixou de mencioná-lo expressamente, limitando-se a disciplinar algumas de suas manifestações, a exemplo da lesão (art. 157), do estado de perigo (art. 156) e da resolução por excessiva onerosidade (arts. 478-480). Todavia, em todos esses dispositivos, o legislador cedeu ao ranço voluntarista do qual ainda não se despiu por completo, e acostou ao desequilíbrio contratual requisitos ligados à vontade dos contratantes, como “inexperiência” ou “necessidade”, ou então circunstâncias “extraordinárias” que não podiam ser previstas

Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002. p.18). Em tradução livre: “verdadeira é a afirmação costumeira de que transparência e reequilíbrio não podem ser identificados, pois transparência não visa uma tutela substancial dos interesses em jogo, mas sim à individualização das regras do jogo e, portanto, a apontar como deve ser um comportamento correto no mercado. Contudo, não há dúvida de que o nexo de instrumentalidade entre transparência do contrato e equilíbrio normativo e econômico das posições contratuais é particularmente relevante.”

³²PERLINGIERI, Pietro. Relazione di sintesi, cit., p.170.

³³BENEDETTI, Giuseppe. L'equilibrio normativo nella disciplina del contratto dei consumatori. In: FERRONI, Lanfranco (Coord.). *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002. p.39.

³⁴A rigor, por vezes, o perfil normativo acaba se traduzindo em valoração econômica, como destaca Pietro Perlingieri: “a previsão de uma compensação voluntária, regra normativa que incide sobre a forma de pagamento e de satisfação de créditos e débitos recíprocos, releva também sob o perfil econômico” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p.412, nota 410). Como destaca Macario, “la differenza dovrebbe poter essere apprezzata sul piano delle conseguenze ossia in punto di rimedi allo squilibrio, ma la normativa cui normalmente ci si riferisce rende ardua siffatta distinzione” (MACARIO, Francesco. *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata nella subfornitura*. In: FERRONI, Lanfranco (Coord.). *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002. p.131, nota 1). Em tradução livre: “a diferença deveria ser apreciada no plano das consequências, isto é, no ato de remediar o desequilíbrio, mas a normativa à qual costuma-se remeter dificulta esta distinção”.

pelas partes quando da celebração do contrato, a dificultar a configuração do desequilíbrio de forma objetiva.³⁵

Talvez por essa razão, doutrina e jurisprudência tenham relegado, por tanto tempo, o princípio do equilíbrio econômico do contrato a uma espécie de princípio de segunda categoria, não merecendo aplicação autônoma, independente das expressas previsões legais e de seus requisitos subjetivos. Semelhante postura acaba por condicionar a justiça contratual àquela avaliação procedimental já referida: se a manifestação de vontade foi livre, informada, consciente e ponderada, o contrato é economicamente equilibrado.

A afirmação de um verdadeiro princípio do equilíbrio econômico do contrato requer sua aplicação desvinculada de requisitos subjetivos, bem como das expressas positivamente feitas pelo legislador de 2002. Para tanto, afigura-se imprescindível investigar que tipo de desequilíbrio autoriza a intervenção judicial reequilibradora, a fim de impedir o indesejável estrangulamento da autonomia privada.

Impõe-se, em primeiro lugar, verificar se as vantagens ou benefícios econômicos conferidos às partes são proporcionais entre si, a despeito de qualquer juízo acerca da higidez procedimental da manifestação de vontade, vale dizer, do adimplemento dos deveres de informação e da integridade do consentimento.³⁶ A justiça contratual, expressão da justiça comutativa, não requer equivalência absoluta nas relações de troca, mas proporcionalidade, de forma que nenhuma das partes dê muito mais nem muito menos do que recebeu.³⁷ Como advertem Rodolfo Sacco e Giorgio de Nova, é um primeiro e gravíssimo erro pensar que o contrato seja uma operação em que a soma das vantagens e das perdas das partes é igual a zero. Quem, de boa-fé, tem em mente esse disparate, afirmam os autores, passará todo o seu tempo buscando regra que impeça um contratante de ganhar, para impedir que o outro

³⁵Para crítica ao tratamento dispensado ao princípio do equilíbrio econômico do contrato, confira-se SCHREIBER, Anderson. O princípio do equilíbrio das prestações e o instituto da lesão. In: *Direito civil e constituição*. São Paulo: Atlas, 2013. p.119-122, especialmente.

³⁶PERLINGIERI, Pietro. Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti. In: FERRONI, Lanfranco (Coord.). *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002. p.58.

³⁷De acordo com Pietro Perlingieri, o princípio de proporcionalidade parece “*destinato ad incidere profondamente nella moderna concezione del contratto, che in tal modo si allontana definitivamente dalla tradizionale volontaristica interpretazione del principio pacta sunt servanda*” (PERLINGIERI, Pietro. Nuovi profili del contratto. *Rassegna di Diritto Civile*, Napoli, v.21, n.3, p.560, 2000). Em tradução livre: o princípio de proporcionalidade parece “destinado a afetar profundamente a moderna concepção de contrato, que de tal forma se distancia definitivamente da tradicional interpretação voluntarista do princípio *pacta sunt servanda*”.

contratante perca. Evidentemente, quem raciocina assim vê em cada intercâmbio uma extorsão executada por uma parte em prejuízo da outra.³⁸

A proporcionalidade, portanto, consiste na justa proporção ou quantificação, concretizada segundo a boa-fé objetiva.³⁹ A análise é objetiva, e independe de qualquer consideração de aspectos subjetivos relacionados à manifestação de vontade, como inexperiência ou necessidade.

Verificado que há, efetivamente, desproporcionalidade entre os benefícios econômicos auferidos pelas partes, investiga-se se o desequilíbrio se justifica diante da economia contratual.⁴⁰ A análise do concreto regulamento de interesses da disciplina estabelecida pela autonomia privada indicará se, a despeito de economicamente desequilibrado, o favorecimento normativo da parte em desvantagem econômica reequilibra a balança, conduzindo ao equilíbrio das posições contratuais.

Conforme já se afirmou, equilíbrio econômico e equilíbrio normativo encerram aspectos complementares do princípio do equilíbrio das posições contratuais, pelo que é possível que um desequilíbrio econômico se justifique, no âmbito do concreto negócio jurídico, em razão de algum poder ou direito conferido ao contratante. Mais uma vez,

³⁸SACCO, Rodolfo; DE NOVA, Giorgio. Il contratto. In: SACCO, Rodolfo (Dir.). *Trattato di diritto civile*. 3.ed. Torino: UTET, 2004. t. 1. p.17-18.

³⁹PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit.,p.413-414. Observe-se que a doutrina italiana distingue o princípio da proporcionalidade do princípio da razoabilidade, nos seguintes termos: “A operatividade do princípio da proporcionalidade nos contratos parece confiada a uma conexão entre elementos de confrontação homogêneos, comparáveis quantificáveis. A proporcionalidade tem valor no plano quantitativo e determina, mas nem sempre, a consequência da redução do contrato. Vice-versa, quando a coligação é entre elementos não homogêneos, não comparáveis, que envolvem interesses não quantificáveis, por exemplo, não patrimoniais, o resultado é uma ponderação entre eles que não se pode traduzir no plano da quantidade, mas exige necessariamente uma valoração qualitativa. Em tais hipóteses entram em função seja o princípio da razoabilidade, seja o princípio da adequação. O merecimento de tutela, portanto, não pode se inspirar exclusivamente no aspecto quantitativo. Com efeito, a proporcionalidade consiste na justa proporção ou quantificação e configura, portanto, um parâmetro ulterior e sucessivo em relação àquele de razoabilidade (vista como justificação abstrata), uma diversa modalidade de valorar a entidade do interesse patrimonial, ou seja, a medida da sua proteção jurídica em comparação e ponderação com aquela de outros interesses. O princípio da proporcionalidade é, portanto, uma norma, aplicável também quando faltam regras *ad hoc*, a ser coordenada com outros princípios sistematicamente a ele coligados, utilizáveis em sede hermenêutica. O princípio da proporcionalidade, embora operativo entre elementos quantificáveis, constitui um daqueles momentos normativos de relevância axiológica os quais contribuem para recuperar a coerência e eficiência ao sistema jurídico e correta competitividade concorrencial ao mercado, no justo equilíbrio entre liberdade e solidariedade, liberdade e merecimento de tutela dos conteúdos” (p.406-407). A distinção, embora relevante no direito italiano, não assume destaque no direito brasileiro, pelo que se utilizará, nesta tese, a proporcionalidade tanto para comparar interesses homogêneos, quanto aqueles heterogêneos, sem descuidar, evidentemente, da superior hierarquia dos interesses existenciais em relação aos patrimoniais.

⁴⁰Nessa toada, pondera Mauro Grondona que “*l'operazione di analisi e di costruzione ermeneutica che il giudice dovrebbe compiere è proprio quella di accertare le ragioni di tale squilibrio, onde valutare se esso sia (o possa essere) ragionevolmente giustificato in forza di uno stringente esame dell'economia del contratto*” (GRONDONA, Mauro. *Non scarsa importanza dell'inadempimento e potenzialità della buona fede a difesa del contratto. I Contratti*, Milano, v.21, n.11, p.1029, 2013). Em tradução livre: “a operação de análise e de construção hermenêutica que o juiz deveria cumprir é exatamente aquela de aferir as razões desse desequilíbrio, para avaliar se ele é (ou pode ser) razoavelmente justificado a partir de um exame apurado da economia do contrato”.

reafirma-se a necessidade de analisar o concreto regulamento de interesses em sua unidade, já que somente a partir do todo é possível avaliar fidedignamente o merecimento de tutela de seus diversos aspectos.

Constatado o desproporcional desequilíbrio econômico e a inexistência de qualquer vantagem normativa que reequilibre as posições contratuais, presumir-se-á a violação ao princípio do equilíbrio. A presunção poderá ser afastada se restar comprovado que a parte contra quem o contrato está desequilibrado ostenta interesse legítimo, mesmo não patrimonial, que justifique o desequilíbrio.⁴¹ Embora a regra seja o relativo equilíbrio econômico, nada impede que, no caso concreto, uma das partes assuma, deliberada e justificadamente, o risco de um desequilíbrio manifesto.⁴²

Nesses casos, o equilíbrio das posições contratuais resta atendido em face do merecimento de tutela dos interesses em jogo, pelo que a autonomia privada deve ser prestigiada, e o contrato há de ser mantido consoante pactuado pelas partes. Alterar o equilíbrio econômico original nessas circunstâncias não significa reequilibrar o contrato, mas atribuir ao contrato um equilíbrio diverso daquele expresso pelo regulamento negocial, subtraindo *ex post* de uma das partes algumas utilidades econômicas esperadas com a celebração do contrato, sob o argumento de que o desequilíbrio é prova certa de patologia.⁴³

O princípio do equilíbrio normativo, a seu turno, exige que a disciplina contratual seja equilibrada, a conferir direitos e obrigações de forma proporcional a ambas as partes. Mais uma vez, a proporcionalidade não visa garantir equivalência entre os poderes atribuídos aos contratantes, mas impedir desproporção excessiva e injustificada entre eles. Assim como em relação ao equilíbrio econômico, a mobilidade do equilíbrio normativo, tendencialmente mutável de contrato para contrato, afasta qualquer tentativa de análise abstrata do fenômeno.⁴⁴

O perfil normativo do equilíbrio das posições contratuais vai ao encontro da ordem constitucional contemporânea, promovendo a igualdade substancial entre as partes. Enquanto

⁴¹De acordo com Perlingieri, em algumas situações, “o equilíbrio entre as prestações deve ser individuado prescindindo das avaliações de mercado relativas a um bem, tendo-se em conta, porém, eventuais interesses não patrimoniais, exigências sentimentais e afetivas, os quis podem determinar um valor diverso para o próprio bem” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p.412). Em outra sede, afirma o mesmo autor: “risulta assolutamente necessario distinguere la valutazione economica della prestazione, dagli interessi, a volte non patrimoniali, che caratterizzano il contratto” (PERLINGIERI, Pietro. *Equilíbrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*. In: FERRONI, Lanfranco (Coord.). *Equilíbrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002. p.50). Em tradução livre: “resulta absolutamente necessário distinguir a valoração econômica da prestação, dos interesses, às vezes não patrimoniais, que caracterizam o contrato”.

⁴²SCHREIBER, Anderson. O princípio do equilíbrio das prestações e o instituto da lesão, cit., p.133.

⁴³GRONDONA, Mauro. Non scarsa importanza dell'inadempimento e potenzialità della buona fede a difesa del contratto, cit., p.1029-1030.

⁴⁴BENEDETTI, Giuseppe. L'equilíbrio normativo nella disciplina del contratto dei consumatori, cit., p.41.

o perfil econômico do equilíbrio contratual se volta para a tutela patrimonial dos contratantes, e se guia, sobretudo, por lógica eminentementemercadológica, o perfil normativo comporta a tutela também de valores existenciais, ao viabilizar o controle da autonomia privada a partir de parâmetros que não o econômico, a exemplo da vulnerabilidade. Nesse sentido, o princípio do equilíbrio normativo permite reequilibrar a disciplina contratual para além das situações em que o regulamento de interesses ameaça o patrimônio de um dos contratantes, contemplando hipóteses em que a ameaça se coloca contra sua própria existência digna, mormente diante de vulnerabilidade existencial.⁴⁵ É a promoção do equilíbrio normativo, por exemplo, que justifica a intervenção legislativa que proíbe cláusulas de reajuste da mensalidade de plano de saúde por faixa etária.⁴⁶

O princípio encontra plena aplicabilidade inclusive no âmbito de relações paritárias, em que não há vulnerabilidade a ser prioritariamente tutelada. Com efeito, parece inspirar-se no princípio do equilíbrio normativo a aplicação da cláusula penal em favor de todos os contratantes, ainda que prevista em benefício exclusivo de uma das partes. Embora não se identifique, nominalmente, o fundamento dessa extensão no equilíbrio normativo, a jurisprudência a justifica na proporcionalidade e na razoabilidade, que são, como apontado, parâmetros de aferição do equilíbrio normativo. Emblemático, nesse sentido, o voto do Ministro Massami Uyeda nos autos do Recurso Especial 1119740/RJ:

Caracterizadas, portanto, as recíprocas obrigações entabuladas pelas partes, *não seria razoável, nem proporcional* que, para uma delas o descumprimento contratual seguisse a cláusula previamente redigida na avença, de execução mais simples, e, para o outro, caminho diverso, de execução mais complexa. Entender-se de forma diversa é o mesmo que tratar os iguais, desigualmente, pois enquanto no descumprimento por parte do promitente-comprador já estaria definido o quantum indenizatório, sem a possibilidade de quaisquer discussões, o inadimplemento do promitente-vendedor daria azo a discussões acerca do efetivo prejuízo sofrido pelo comprador.⁴⁷

⁴⁵Carlos Nelson Konder traça fundamental distinção entre a vulnerabilidade patrimonial e aquela existencial, advogando a favor da elaboração de instrumentos de tutela próprios, voltados para pessoas que se enquadrem nesta última categoria. De acordo com o autor, “a vulnerabilidade existencial seria a situação jurídica subjetiva em que o titular se encontra sob maior suscetibilidade de ser lesionado na sua esfera extrapatrimonial, impondo a aplicação de normas jurídicas de tutela diferenciada para a satisfação do princípio da dignidade da pessoa humana” (KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v.24, n.99, p.111, maio/jun. 2015).

⁴⁶Lei n.º 10.741/2003, art. 15, § 3.º Confira-se, na jurisprudência, o *leading case* acerca do tema: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 809.329/RJ*. Relator(a): Ministra Nancy Andrighi. Julgamento: 25/03/2008. Órgão Julgador: 3.ª Turma. Publicação: DJe 11/04/2008. Trata-se de situação em que o equilíbrio normativo repercute diretamente sobre o equilíbrio econômico, daí a dificuldade, já apontada, de distinguir de forma absoluta os dois perfis do equilíbrio em algumas situações.

⁴⁷BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1119740/RJ*. Relator: Min. Massami Uyeda. Julgamento: 27/09/2011. Órgão Julgador: 3.ª Turma. Publicação: DJe 13/10/2011 (grifou-se). Observe-se que, embora se discutisse acerca de relação hoje caracterizada como de consumo, não se aplicou o Código de Defesa do Consumidor, uma vez que o contrato em análise fora firmado antes da sua entrada em vigor.

Referida extensão, entretanto, há de ser feita com parcimônia, analisando as circunstâncias do caso concreto para verificar se a atribuição, ao outro contratante, do montante indenizatório constante da cláusula penal se afigura proporcional em relação à lesão aos seus interesses e aos possíveis danos por ele suportados em razão do inadimplemento da contraparte.

A percepção do princípio do equilíbrio das posições contratuais a partir dos dois vieses analisados ganha renovada importância na legalidade constitucional, e altera substancialmente a força obrigatória dos pactos com base em parâmetros não apenas econômicos, mas, sobretudo, existenciais, a permitir a mais intensa de todas as interferências na autonomia privada: a revisão contratual. Cabe à doutrina debruçar-se sobre esse princípio, e traçar balizas seguras para sua aplicação, de sorte a garantir a justiça contratual sem, no entanto, sufocar a autonomia privada.

3. A PROJEÇÃO EXTRA CONTRATUAL DA AUTONOMIA PRIVADA

No âmbito de ordenamento jurídico em que os institutos são funcionalizados, a exigir que a função perseguida pelas partes com o concreto negócio seja compatível com os interesses em razão dos quais a própria liberdade de contratar é tutelada, a função social do contrato exsurge como mais uma figura voltada à análise da autonomia privada. Funcionalização e função social são conceitos que revelam o esforço para fazer convergirem as perspectivas individual (própria do ato) e geral (própria do ordenamento), de modo que a regra criada pelos particulares se volte para a obtenção do efeito jurídico admitido e tutelado pelo ordenamento.⁴⁸

Nessa senda, a função social do contrato, inserida no artigo 421 do Código Civil, passou a exigir dos contratantes o dever de perseguir, além da satisfação de seus interesses particulares, a promoção de interesses extracontratuais socialmente relevantes dignos de tutela e relacionados ao contrato.⁴⁹ Ao lado do atendimento de sua função econômica, conferindo aos contratantes a utilidade que o ordenamento jurídico lhe atribui, o contrato deve promover interesses sociais merecedores de tutela que, de alguma forma, sejam afetados pela relação contratual, não os deixando sucumbir aos contrários interesses das partes.

A interpretação da locução “em razão de”, constante do texto do dispositivo legal, ajusta-se à concepção segundo a qual a função social do contrato não é unicamente um limite externo à liberdade de contratar, mas interno, imprescindível para a configuração e

⁴⁸KONDER, Carlos Nelson. Causa do contrato x função social do contrato: estudo comparativo sobre o controle da autonomia negocial. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v.43, p.34, jul./set. 2010.

⁴⁹TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social do contrato, cit., p.150.

identificação do instituto e, por certo, de necessário atendimento para atribuição de tutela pelo ordenamento.⁵⁰

A função social não se presta, por conseguinte, à tutela dos interesses de qualquer dos contratantes, ainda que técnica ou economicamente mais fraco. Entendimento diverso amesquinharia a própria função social, “tornando-a servil a interesses individuais e patrimoniais que, postos legítimos, já se encontram suficientemente tutelados” por outros mecanismos.⁵¹ A função social está para o interesse da sociedade assim como a função econômica está para o interesse das partes, cuja promoção se garante por instrumentos próprios, como a boa-fé objetiva e o equilíbrio das posições contratuais. De todo modo, se a promoção da função social em um dado caso concreto resultar na proteção de uma das partes, tal benefício será efeito colateral da necessidade de coibir determinadas práticas contratuais nocivas à sociedade.⁵² É o que ocorre, por exemplo, quando se proíbem determinados pactos capazes de promover práticas contrárias à livre concorrência, em prejuízo de pequenas empresas e do mercado consumidor; se tal intervenção na liberdade de contratar vier a garantir alguma proteção especial ao contratante eventualmente prejudicado pelo vínculo, esta será apenas um reflexo indireto da atuação da função social, e não o seu escopo primário.

A função social não pode, entretanto, servir de mecanismo de estrangulamento da liberdade pessoal dos contratantes, a ponto de convertê-la em “função assistencial do contrato”. Se o contrato deve atender à função social para ser merecedor de tutela, não se pode descurar de sua função econômica, cuja satisfação é o que verdadeiramente move as partes à celebração do negócio.⁵³ A jurisprudência superior já reflete essa preocupação, como se extrai da decisão proferida no Recurso Especial 783.404, relatada pela Ministra Nancy Andrighi, em que se discutia a possibilidade de resolver contrato de compra e venda de safra futura de soja a preço certo, sob o argumento de ter se tornado excessivamente oneroso para o produtor em razão de

⁵⁰MARTINS-COSTA, Judith. Notas sobre o princípio da função social do contrato. *Revista Literária de Direito*, São Paulo, n.37, p.19, ago./set. 2004. Como explica Maria Celina Bodin de Moraes, quando a lei determina que “a liberdade de contratar será exercida *em razão e nos limites* da função social do contrato”, é possível concluir que a liberdade de contratar não se dará mais “em razão da vontade privada, como ocorria anteriormente, mas em razão da função social que o negócio está destinado a cumprir” (BODIN DE MORAES, Maria Celina A causa dos contratos. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, n.21, p.118-119, jan./mar. 2005, grifos no original).

⁵¹TEPEDINO, Gustavo. Novos princípios contratuais e a teoria da confiança: a exegese da cláusula *to the best knowledge of the sellers*. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. 2. p.251, nota de rodapé n.º 14.

⁵²KONDER, Carlos Nelson. Causa do contrato x função social do contrato: estudo comparativo sobre o controle da autonomia negocial, cit., p.69.

⁵³Nessa direção, confira-se: KONDER, Carlos Nelson. *A constitucionalização do processo de qualificação dos contratos no ordenamento jurídico brasileiro*. 2009. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009. p.59; e COSTA, Pedro de Oliveira. Apontamentos para uma visão abrangente da função social dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Obrigações: estudos sob a perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.54.

fortes chuvas e pragas, que resultaram em baixa produtividade e elevação do preço da saca no momento da execução do contrato:

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. [...] 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.[...] Dessa forma, não há como admitir que, tendo ignorado ou calculado mal tais variáveis, ou, pior, estando arrependida com o preço acordado no ato da contratação, a parte pretenda, sob o manto da função social do contrato, pleitear a resolução deste. O simples fato do comprador obter maior margem de lucro na revenda, decorrente da majoração do preço do produto no mercado após a celebração do negócio, não indica a existência de má-fé, improbidade ou tentativa de desvio da função social do contrato.⁵⁴

A função social do contrato, alicerçada na solidariedade social, relativiza, em definitivo, o clássico princípio da relatividade contratual, reconhecendo a projeção de efeitos negociais para além da esfera jurídica das partes e a consequente necessidade de tutelar os interesses legítimos de terceiros por eles alcançados.

CONCLUSÃO

A autonomia privada ingressa no século XXI profundamente remodelada; não se trata de nova roupagem para velho conceito, mas de novo conceito forjado pela legalidade constitucional.

Amudança resulta de escolha axiológica e metodológica que propõe, no que tange à autonomia contratual, o abandono da perspectiva estrutural do contrato, pela qual se enfatiza o papel do acordo de vontades individuais, em favor de perspectiva funcional, inspirada na valoração dos interesses em jogo e na consequente prevalência daquele merecedor de tutela.

Nesse contexto, a ideia de que o contrato é essencialmente consenso cede passo para a concepção de que o contrato é essencialmente relação. O que se verifica não é, pois, o declínio do contrato, mas o enaltecimento de sua dimensão social bem como de seu papel instrumental para a promoção de interesses merecedores de tutela das partes do negócio.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BENEDETTI, Giuseppe. L'equilibrio normativo nella disciplina del contratto dei consumatori. In: FERRONI, Lanfranco (Coord.). *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002. p.39-46.

⁵⁴BRASIL Superior Tribunal de Justiça. *REsp 783.404*. Relator(a): Min. Nancy Andrighi. Julgamento: 28/06/2007. Órgão Julgador: 3.^a Turma. Publicação: DJ 13/08/2007.

BIANCA, Massimo C. Técnicas de formación del contrato y tutela del contratante débil: el principio de buena fe en el Derecho Privado Europeo. In: CÓRDOBA, Marcos M. (Dir.). *Tratado de la buena fe en el derecho*. Buenos Aires: La Ley, 2004. t. 2. p.191-204.

BIANCA, Mirzia. Alcune riflessioni sul concetto di meritevolezza degli interessi. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, n.1, p.789-815, 2011.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. Constituição de direito civil: tendências. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Coleção doutrinas essenciais: obrigações e contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v.3. p.343-364.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

COSTA, Pedro de Oliveira. Apontamentos para uma visão abrangente da função social dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Obrigações: estudos sob a perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.45-68.

CRISCUOLO, Fabrizio. *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2008.

FERRARA, Luigi Cariota. *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011.

FERRI, Luigi. *La Autonomia Privada*. Tradução de Luis Sancho Mendizábal. Granada: Comares, 2001.

GRONDONA, Mauro. Non scarsa importanza dell'inadempimento e potenzialità della buona fede a difesa del contratto. *I Contratti*, Milano, v.21, n.11, p.1021-1033, 2013.

KONDER, Carlos Nelson de Paula. Distinções hermenêuticas da constitucionalização do direito civil: o intérprete na doutrina de Pietro Perlingieri. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, vol. 60, n. 1, jan./abr. 2015, p. 193-213.

KONDER, Carlos Nelson. *A constitucionalização do processo de qualificação dos contratos no ordenamento jurídico brasileiro*. 2009. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.

KONDER, Carlos Nelson. Causa do contrato x função social do contrato: estudo comparativo sobre o controle da autonomia negocial. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v.43, p.33-75, jul./set. 2010.

KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v.24, n.99, p.101-123, maio/jun. 2015.

LANDO, Ole. Is good faith an overarching general clause in the principles of European contract law? In: ANDENAS, Madset al. *Liber amicorum Guido Alpa: private law beyond the national systems*. London: British Institute of international and Comparative Law, 2007. p.601-613.

MACARIO, Francesco. Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata nella subfornitura. In: FERRONI, Lanfranco (Coord.). *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002. p.131-163.

MARTINS-COSTA, Judith. Notas sobre o princípio da função social do contrato. *Revista Literária de Direito*, São Paulo, n.37, p.17-21, ago./set. 2004.

MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001.

MINERVINI, Enrico. Trasparenza ed equilibrio delle condizioni contrattuali nel testo unico bancario. In: FERRONI, Lanfranco (Coord.). *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002. p.17-26.

MOSCATI, Enrico. Autonomia privata e giustizia contrattuale (note minime sul controllo del contenuto del contratto e della congruità dei termini dello scambio). In: *Studi in onore di Giovanni Giacobbe*. Milano: Giuffrè, 2010. t. 2. p.1201-1220.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2005.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente. *Rassegna di Diritto Civile*, Napoli, v.1/5, p.188-216, 2005.

PERLINGIERI, Pietro. Autonomia privata e diritti di credito. In: *Il diritto dei contratti fra persona e mercato: Problemi del diritto civile*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2003. p.23-35.

PERLINGIERI, Pietro. I mobili confini dell'autonomia privata. In: *Il diritto dei contratti fra persona e mercato: Problemi del diritto civile*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2003. p.13-22.

PERLINGIERI, Pietro. Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti. In: FERRONI, Lanfranco (Coord.). *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002. p.49-61.

PERLINGIERI, Pietro. Relazione di sintesi. In: FERRONI, Lanfranco (Coord.). *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002. p.165-176.

PERLINGIERI, Pietro. Nuovi profili del contratto. *Rassegna di Diritto Civile*, Napoli, v.21, n.3, p.543-571, 2000.

PRISCO, Nicola di. Gli itinerari dell'autonomia privata. In: *Il contratto: Silloge in onore di Giorgio Oppo*. Padova: CEDAM, 1992. v.1. p.93-113.

SACCO, Rodolfo; DE NOVA, Giorgio. Il contratto. In: SACCO, Rodolfo (Dir.). *Trattato di diritto civile*. 3.ed. Torino: UTET, 2004. t. 1-2.

SCHREIBER, Anderson. Direito Civil e Constituição. In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson de Paula (org). *Direito Civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2016, p. 1-23.

SCHREIBER, Anderson. Abuso do direito e boa-fé objetiva. In: *Direito civil e constituição*. São Paulo: Atlas, 2013. p.49-60.

SCHREIBER, Anderson. O princípio do equilíbrio das prestações e o instituto da lesão. In: *Direito civil e constituição*. São Paulo: Atlas, 2013. p.119-137.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Abuso do direito: novas perspectivas entre a licitude e o merecimento de tutela. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, n.50, p.35-91, abr./jun. 2012.

SPADAFORA, Antonio. *La regola contrattuale tra autonomia privata e canone di buona fede*: prospettive di diritto europeo dei contratti e di diritto interno. Torino: G. Giappichelli Editore, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: *Temas de direito civil*. 4.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. t. 1. p.1-23

TEPEDINO, Gustavo. Diálogos entre fontes normativas na complexidade do ordenamento. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, vol. 5, jul./set. 2015, p. 6-9. Disponível em: https://www.ibdcivil.org.br/rbdc.php?ip=123&titulo=%20VOLUME%205%20%20Jul-Set%202015&category_id=97&arquivo=data/revista/volume5/rbdcivil-vol5-12.01.16.pdf. Acesso em 30.12.2015.

TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social do contrato. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. t. 3. p. 145-155.

TEPEDINO, Gustavo. Novos princípios contratuais e a teoria da confiança: a exegese da cláusula *to the best knowledge of the sellers*. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. 2.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.29-44.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. Liberdade do intérprete na metodologia civil constitucional. In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson de Paula (org). *Direito Civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2016, p. 47-70.

VILLELA, João Baptista. Equilíbrio do contrato: os números e a vontade. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Coleção doutrinas essenciais: obrigações e contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v.3. p.767-807.