

DA AUTONOMIA PRIVADA À FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS
FROM PRIVATE AUTONOMY TO THE SOCIAL FUNCTION OF CONTRACTS

Milton Flávio de A. C. Lautenschläger

Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP. Conselheiro do Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP (2019-2021). Advogado, São Paulo (Brasil).

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5539056780825755>.

Odete Novais Carneiro Queiroz

Doutora e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP. Professora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP. Advogada, São Paulo (Brasil).

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1511406338920498>.

Autores convidados.

RESUMO

O presente estudo trata da evolução do instituto do contrato e sua funcionalização social. A escolha do tema se justifica pela importância do contrato como via de circulação de riqueza e a necessidade da adaptação às demandas sociais contemporâneas. Tem-se como objetivo identificar um novo modelo jurídico que garanta a liberdade de atuação do particular, sem esquecer do papel do Estado, na qualidade de distribuidor e garantidor do bem-estar social. Em conclusão, nota-se que é indispensável a interpretação sob uma nova ótica, garantindo, mais amplamente, um real e seguro campo de atuação aos contratantes.

PALAVRAS-CHAVE: Contrato. Autonomia privada. Função social. Interpretação. Estado de bem-estar social.

ABSTRACT

The present study deals with the evolution of the contract and its social functionalization. The choice of theme is justified by the importance of the contract as a means of economic circulation and the need to adapt it to contemporary social demands. The objective is to identify a new legal model that guarantees the freedom of the individual, without forgetting the role of the state, as a distributor and guarantor of social welfare. In conclusion, it is noted that interpretation from a new perspective is indispensable, ensuring, more broadly, a real and safe field of action for contractors.

KEYWORDS: *Contract. Freedom of contract. Social function of the contract. Interpretation. Welfare State.*

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Desde a sua forma mais rudimentar, por ocasião das primeiras trocas de objetos e prestações de serviços¹, são poucos os institutos que sobreviveram e se adaptaram a tantas e tamanhas transformações sociais quanto o contrato.

No entanto, os contratos, tais como hoje constituídos, começam a ganhar os seus contornos definitivos a partir da relativização do princípio da autonomia privada, expressão maior do Estado Liberal, fruto das Revoluções Francesa e Industrial.

No liberalismo, os contratantes eram vistos como partes em patamar de igualdade formal. Não se admitia a existência de um contratante em situação de maior vulnerabilidade, o que implicava a concepção de que uma vez externada livremente a vontade pelo indivíduo, este passava a ficar à vontade vinculado, sendo-lhe obrigatório o estrito cumprimento daquilo que validamente contratou² (*voluntas facit legem*).³

Portanto, a liberdade de contratar, quanto mais ilimitada possível, atendia a um reclamo do modelo econômico liberal que então se estabelecia. Com efeito, passando a propriedade a se desvincular dos laços feudais, foi o contrato que desempenhou o papel de instrumento de circulação das riquezas, viabilizando parte dos sonhos do estamento social ascendente⁴.

¹ “Pode-se dizer que as primeiras trocas de objetos e as primeiras prestações de serviços ainda que gratuitos consubstanciam a figura do contrato, no seu germe ou embrião, ou, mais precisamente, correspondem ao contrato na sua forma rudimentar. Só mais tarde, com a descoberta e utilização da moeda metálica como medida de valor, e, a seguir, com a invenção da escrita, com a instituição da moeda fiduciária, fator de desenvolvimento do crédito, é que o regime contratual assumiu fisionomia própria e definitiva, tal como conhecemos ainda hoje” (**GARCEZ NETO, Martinho**. *Temas Atuais de Direito Civil*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2000, p. 1-2).

² **NASSER, Paulo Magalhães**. *Onerosidade excessiva no contrato civil*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 41.

³ Em momento de separação das esferas pública e privada, em que se refutava a ingerência estatal absolutista e da estrutura feudal, que então encontravam o seu ocaso, fortaleceram-se as iniciativas de garantias das liberdades, dos denominados direitos de primeira geração (**GODOY, Claudio Luiz Bueno de, Função Social do Contrato**. 2ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 15) ou, nas palavras de **Norberto Bobbio**, dos direitos de liberdade, “isto é, todos aqueles direitos que tendem a limitar o poder do Estado e a reservar ao indivíduo, ou para os grupos particulares, uma esfera de liberdade sem relação ao Estado” (**A era dos direitos**. Tradução de Carlos Néilson Coutinho. 9ª edição. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992, p. 32).

⁴ **GODOY, Claudio Luiz Bueno de, Função Social do Contrato**, cit., p. 15-16. Como observa **Ana Prata**, “a ligação entre o trabalhador e os meios de produção só é possível pelo acordo daquele e do proprietário destes. Declarado livre o trabalhador, isto é, reconhecida a propriedade do trabalhador à sua força de trabalho, isso impõe que lhe seja reconhecida personalidade jurídica e capacidade negocial, para que ele possa celebrar o contrato pelo qual aquela ligação se mediatiza, agora necessariamente” (**A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Editora Almedina, 1982, p. 8).

Não obstante esse ideário liberal, o fato é que a realidade europeia do início do século XIX, expondo as mazelas e conflitos decorrentes da contraposição dos interesses privados e públicos, ocasionou, já na segunda metade desse mesmo século, uma reação socialista, caracterizada pelo chamado “intervencionismo estatal”.

Com o advento do comunismo, na Rússia, e da Constituição de *Weimer*, na Alemanha, surgiram as primeiras limitações ao direito de contratar e à liberdade contratual. Muito embora a prevalência da vontade individual tenha sido mantida como regra (v.g. a possibilidade de criação dos mais variados tipos contratuais), pouco a pouco o legislador restringiu o conteúdo da autonomia privada e ampliou o de ordem pública⁵. Os contratos deixaram de pressupor a igualdade formal das partes, para servirem de instrumento na busca pela *equivalência material de suas prestações*.

A esse moderno movimento intervencionista jurisdicional e legiferante, **Josserand** denominou de “publicização do contrato”. Entre nós, esta tendência notabilizou-se pela expressão “dirigismo contratual”, responsável imediato pela expansão das normas de ordem pública, postas à proteção dos polos economicamente mais frágeis (o empregado, o inquilino, o consumidor etc.).

A propósito, a decadência do voluntarismo não pode ser inteira e exclusivamente relacionada à atuação do Estado (Estado-juiz), uma vez que práticas contratuais como a proliferação dos chamados “contratos de adesão”⁶ também acabaram por limitar a liberdade contratual, justificando a intervenção estatal⁷.

⁵ **WALD, Arnaldo. Um novo direito para a nova economia: a evolução dos contratos e o código civil in O Direito Civil no Século XXI**, Coordenação de **Maria Helena Diniz e Roberto Senise Lisboa**, São Paulo, Editora Saraiva, 2003, p. 83-4.

⁶ “O dirigismo privado vale-se, freqüentemente, de três formas de padronização contratual: o contrato de adesão, as condições gerais de contrato e o contrato concluído mediante módulos ou formulários. O Código Civil italiano trata destacadamente cada forma: arts. 1.332, 1.341 e 1.342. São formas intercomunicadas. Às vezes estão indissolvelmente integradas: um contrato que só permite a adesão da outra parte; as condições gerais estão nele reproduzidas e é utilizado um formulário padronizado. Os usos preferem que as condições gerais sejam apenas referidas no contrato padronizado, mas não reproduzidas. O contrato de adesão pode ser concluído pela simples aquisição ou utilização de bens ou serviços fornecidos, incidindo-se nas condições gerais correspondentes, que são desconhecidas do contratante débil” (**Lobo, Dirigismo contratual**, p. 75, abr./jun. 1990, *apud* **FACHIN, Luiz Edson. Teoria Crítica do Direito Civil à luz do novo Código Civil Brasileiro**. 2ª edição, revista e atualizada. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003, p. 192).

⁷ No entender de **Martinho Garcez Neto**, “se, hodiernamente, não se pode negar que, apenas em reduzida minoria, existe a possibilidade de livre discussão das cláusulas de um contrato; se, na verdade, a imensa maioria dos contratos são impostos, como lei, pela parte mais forte à mais fraca, que apenas tem a liberdade de aderir ao contrato, isto é, de aceitá-lo como lhe é oferecido, sem que o possa discutir e impugnar, certamente, a tão apregoada igualdade dos contratantes não passa de uma fábula, de que se vale um dos contratantes para explorar e oprimir o outro, menos favorecido pela situação econômica e social”. (**Temas Atuais de Direito Civil**, cit., p. 11).

Há cerca de meio século essas transformações foram interpretadas, por alguns eminentes juristas, como manifestações da chamada *crise do contrato*⁸, com o que não se pode concordar⁹. A evolução dos contratos nada mais é do que parte da evolução da própria vida em sociedade¹⁰ e, nesse sentido, apostar na derrocada dos contratos é apostar no fracasso das relações humanas. Tomando por empréstimo os dizeres de **Arnoldo Wald**, a “polivalência do contrato e a sua vinculação à importância que a civilização ocidental reconhece à palavra dada, e ao consenso ao qual chegaram as partes, justificam tanto a sobrevivência quanto a adaptação ao contexto existente no terceiro milênio desse instrumento tão rico e flexível, que tem permitido o desenvolvimento racional e pacífico das relações entre os homens”¹¹.

Embora “institucionalizados”, a verdade é que os contratos e, por conseguinte, a autonomia privada, adquiriram uma nova dimensão, a justificar o desenvolvimento de uma estrutura atual, e não a sua morte¹².

⁸ “A segunda metade do século XX, principalmente, foi o tempo em que mais se falou acerca de uma eventual decadência do contrato, tido sempre como um dos fundamentais pilares de sustentação do direito privado e da autonomia da vontade privada. (...) Uma ingerência cada vez mais presente, por parte do Estado, na estruturação desse conteúdo contratual, tendo em vista a salvaguarda de interesses sociais mais significativos que a mera intenção e simples pretensão dos contratantes, constituiu-se, também, em forte razão para a crescente onda de descrédito que pretendeu tomar conta do destino do contrato enquanto tradicional e clássico instituto de direito privado” (**HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado – Superando a crise e renovando princípios, no início do vigésimo primeiro século, ao tempo da transição legislativa civil brasileira.** Revista do Advogado, Ano XXII, nº 68, São Paulo, Dezembro de 2002, p. 79).

⁹ “Seria portanto equívoco imperdoável tomar como sintomas de decadência dos contratos as limitações impostas à liberdade de contratar em sufrágio do bem comum e da supremacia da ordem pública, que consistem, segundo resulta dos mais modernos juristas: na defesa do contratante débil contra o forte, especificamente nos contratos de adesão e nos contratos-tipo; na paridade de tratamento nos contratos concluídos mediante concessão da administração pública, sob forma de monopólio; na nulidade das cláusulas leoninas; na vedação do contrato usurário; na invalidade das cláusulas exonerativas de responsabilidade por culpa ou dolo; na exclusão de toda e qualquer matéria insuscetível de tutela jurídica; na inclusão prevalente e automática de certas cláusulas; na integração do contrato mediante a vontade da lei; na repressão da má-fé; na proteção da boa-fé e da equidade quanto aos efeitos das convenções; na rescindibilidade do pacto concluído em estado de necessidade ou contaminado de lesão inicial; na suspensão da execução por mudança das condições patrimoniais do contratante; na resolução ou redução por onerosidade excessiva” (**GARCEZ NETO, Martinho Garcez Neto, Temas Atuais de Direito Civil**, cit., p. 19-20).

¹⁰ “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 transmuta e evolui sempre, como a própria transmutação e evolução da pessoa humana e das relações que estabelece com os demais. A dinâmica própria da vida dos homens e a realidade jurídica subjacente conseguem explicar e justificar essa modalidade, traçando-a naturalmente, conforme convém, e imprimindo o devido grau de certeza acerca da necessidade e urgência desta releitura contratual. Construção e crítica se alternaram (desde o início do anterior século), produzindo um movimento de edificação de uma teoria (geral do direito privado) tão sólida quanto volátil” (**HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado – Superando a crise e renovando princípios, no início do vigésimo primeiro século, ao tempo da transição legislativa civil brasileira**, cit., p. 79).

¹¹ **Um novo direito para a nova economia: a evolução dos contratos e o código civil**, cit., p. 92.

¹² Deve-se reconhecer que o contrato deixou de ter, na vontade dos sujeitos, a sua fonte exclusiva e legitimadora. O estabelecimento de valores constitucionais fundamentais a serem atendidos e, bem assim, de normas

Esta verdadeira interpenetração do direito público no direito privado exige um novo modelo jurídico que, a um só tempo, garanta a liberdade de atuação do particular, sem esquecer do papel do Estado, na qualidade de distribuidor e garantidor do bem-estar social (*welfare state*).

Não se trata de desprestigiar princípios tão tradicionais como o princípio da liberdade contratual, mas de interpretá-los sob uma nova ótica. Como salienta **Luigi Ferri**, a liberdade natural dos indivíduos sofre restrições ou limitações de ordem pública exatamente para que se lhes assegure uma efetiva liberdade jurídica¹³. Nesse sentido, antes de representar a subjugação do direito privado pelo direito público, a intervenção das regras públicas busca garantir, mais amplamente, um real e seguro campo de atuação aos contratantes.

Portanto, para além de um limite negativo, externo e excepcional à autonomia privada, o “dirigismo contratual” apresenta-se como limite interno, permanente e positivo à preservação da autonomia privada¹⁴.

Exatamente nesse ponto, lembra **Claudio Luiz Bueno de Godoy**, a nova noção de autonomia privada mostra a sua relação com a função social do contrato¹⁵. É que, conforme lição de **Pietro Perlingieri**, a autonomia privada como poder de autodeterminação não mais encontra justificativa em si, fazendo-se merecedor de tutela o ato que a exprime apenas quando corresponda a uma função que o ordenamento considere *socialmente útil*¹⁶.

2. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O CÓDIGO CIVIL DE 2002

A despeito de “tudo” estar em constante transformação, nas ciências humanas, particularmente, são fatores sociais, culturais, políticos, históricos e econômicos aqueles que mais

infraconstitucionais que servem a dar efetividade àqueles valores, ampliaram muito o conceito das fontes do contrato. Há até quem diga, em função disso, que foi separado um campo residual na formação dos negócios jurídicos para a autonomia privada, “resultado da apriorística incidência das regras constitucionais e legais que, depois, deixam um espaço reservado à atuação da vontade do sujeito jurídico” (**GODOY, Claudio Luiz Bueno de, Função Social do Contrato**, cit., p. 17-18).

¹³ *La autonomia privada*. Tradução de Luís Sancho Mendizabal. Madri: Revista de Derecho Privado, 1969, p. 245-249 *apud* **GODOY, Claudio Luiz Bueno de, Função Social do Contrato**, cit., p. 20.

¹⁴ Nos dizeres de **Antunes Varela**, em matéria de autonomia privada, o ordenamento não funciona como simples limite negativo, servindo, antes, a integrar-se à vontade dos contraentes. Por isso, diz o referido Autor, “vontade dos contratantes e lei integram, quase sempre em estreita união, o todo incidível que é a disciplina do contrato” (**Das obrigações em geral**. 10ª edição. Coimbra: Editora Almedina, 2000, volume 1, p. 231).

¹⁵ **Função Social do Contrato**, cit., p. 25.

¹⁶ *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. Napoli: Ed. Scientifiche Italiane, 1984, p. 136, *apud* **GODOY, Claudio Luiz Bueno de, Função Social do Contrato**, cit., p. 25.

contribuem para que os estudos evoluam em consonância com o desenvolvimento da própria sociedade. No Direito, como não poderia deixar de ser, os objetos de estudo sofrem a influência com peso preponderante de diferentes e determinados fatores.

Especificamente na seara dos Contratos, acontecimentos sociais, culturais, políticos, históricos e econômicos já foram responsáveis por inúmeras de suas transformações formais e materiais. Recentemente, contudo, são os eventos sociais e econômicos que melhor explicam a evolução e o atual estágio dos princípios contratuais no Direito brasileiro¹⁷.

Para ficar apenas naqueles fatores determinantes ao desenvolvimento da chamada função social do contrato, é importante rememorar o advento da Constituição de 1988 e do Código Civil brasileiro de 2002, com as consequências deles decorrentes.

2.1. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988

Seja pelo critério cronológico, seja pela relação hierárquica, inicia-se esta análise destacando características da nossa atual Constituição Federal: a grande responsável pelas mais recentes transformações no Direito Civil brasileiro.

Sabe-se que, originalmente, o Direito Civil brasileiro é fruto das doutrinas individualista e voluntarista que, consagradas pelo Código Civil de Napoleão, foram incorporadas pelas codificações do século XIX.

Nessa época, restava bem delineado o significado *constitucional* do Código Civil para o direito privado, no sentido de que, além do corpo codificado, inexistia regra que lhe fosse hierarquicamente superior em matéria de relações patrimoniais. Ao direito civil cumpria garantir à atividade privada, e ao sujeito de direito, em particular, a estabilidade proporcionada por regras quase imutáveis nas suas relações econômicas.

No entanto, as dificuldades econômicas advindas de um longo processo de industrialização - havido na primeira metade do século XX -, o desenvolvimento das doutrinas reivindicacionistas e a expansão dos movimentos sociais, contribuiram para que, no âmbito das

¹⁷ Segundo **Orlando Gomes**: “A concepção de contrato, a idéia de relação contratual, sofreu, porém, nos últimos tempos uma evolução sensível, em face da criação de um novo tipo de sociedade, sociedade industrializada, de consumo, massificada, sociedade de informação, e em face, também, da evolução natural do pensamento teórico-jurídico” (**Contratos**. 26ª edição, atualizada de acordo como Código Civil de 2002, por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco de Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p. 57).

Cartas políticas e das grandes Constituições do pós-guerra, fossem introduzidos, de forma inédita, princípios e normas que limitaram o desenvolvimento da atividade econômica privada.

Ao abrigar essa inserção legal e principiológica, o Estado posicionou-se de forma ativa, regulando um setor até então imune às suas interferências.

Atentos a esse movimento, os textos constitucionais brasileiros, aos poucos, passaram a tratar de temas antes reservados exclusivamente ao Código Civil, tais como a função social da propriedade, os limites da atividade econômica, a organização familiar, dando origem àquilo que hoje chamamos de a “Constitucionalização do Direito Civil”¹⁸.

O próprio direito civil, através da legislação extracodificada, deslocou a sua preocupação central, do indivíduo, para as atividades por ele desenvolvidas e os riscos delas derivadas. Assim, enquanto o Código Civil preocupava-se em garantir as “regras do jogo”, as leis especiais alteravam-nas, sem qualquer cerimônia, no intuito de garantir objetivos sociais e econômicos definidos pelo Estado.

A intensificação desse processo intervencionista, no caso brasileiro, resultou na subtração, ao Código Civil, de setores inteiros da atividade privada, mediante um conjunto de normas que não se limitam a regular aspectos de determinadas áreas, mas a discipliná-las integralmente. O mecanismo foi consagrado pela Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988, que inaugurou um novo papel e uma nova fase para o Código Civil, a ser valorado e interpretado juntamente com inúmeros diplomas setoriais, cada um deles com vocação universalizante¹⁹. O Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Defesa do Consumidor, ambos de 1990, a Lei de Locações, de 1991, são exemplos desses diplomas, com evidentes preocupações sociais, a retratar e garantir uma nova realidade axiológica.

As peculiares características dos estatutos como acima referidos merecem especial atenção, uma vez que por intermédio delas é possível extrair parte das recentes transformações havidas no direito privado nacional e, conseqüentemente, indícios que apontam para o seu cenário futuro. **Gustavo Tepedino** sintetiza essas características da seguinte maneira:

¹⁸ **Gustavo Tepedino**, a propósito dessa expressão, resume os seus três possíveis sentidos. A expressão, segundo ele, pode: a) ser usada no sentido de “limite para uma reserva legal”, isto é, as normas constitucionais, porque incidem sobre o legislador ordinário, exigem uma “produção legislativa compatível com o programa constitucional”; b) significar uma orientação hermenêutica, na esteira de que a leitura da lei civil deve ser feita conforme o texto constitucional; e, finalmente, c) traduzir uma “nova tábua axiológica”, disponível à vida privada e às relações civis dela decorrentes. (**Temas de Direito Civil**. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 41-42).

¹⁹ **TEPEDINO, Gustavo, Temas de Direito Civil**, Tomo II, cit., p. 30.

“Em primeiro lugar, nota-se uma alteração profunda na técnica legislativa. Cuida-se de leis que definem objetivos concretos; uma legislação de objetivos, que vai muito além da simples garantia de regras estáveis para os negócios. (...) Em segundo lugar, verifica-se uma alteração radical na linguagem empregada pelo legislador. As leis passam a ter uma linguagem menos jurídica e mais setorial, uma linguagem que, não obstante os protestos dos juristas, atende a exigências específicas, ora atinentes a questões da informática, ora relacionadas a inovações tecnológicas ou a novas operações contratuais, ora a assuntos financeiros ou econômicos, suscitando muitas vezes dificuldades para o intérprete. (...) Em quarto lugar, não mais se limita o legislador à disciplina das relações patrimoniais. Na esteira do texto constitucional, que impõe inúmeros deveres extrapatrimoniais nas relações privadas, tendo em mira a realização da personalidade e a tutela da dignidade da pessoa humana, o legislador mais e mais condiciona a proteção de situações contratuais ou situações jurídicas tradicionalmente disciplinadas sob ótica exclusivamente patrimonial ao cumprimento de deveres não patrimoniais. (...) Mais ainda, como quinto característico na nova forma de legislar, nota-se o caráter contratual de tais estatutos. As associações, os sindicatos, os grupos interessados na regulamentação dos respectivos setores da sociedade negociam e debatem a promulgação de suas leis, buscam a aprovação de normas que atendam a exigências específicas, setorialmente localizadas. Aquele legislador do Código Civil que legisla de maneira geral e abstrata, tendo em mira o cidadão comum, dá lugar a um *legislador-negociador*, com vocação para a *contratação*, que produz a normatização para determinados grupos – locador e locatário, fornecedores e consumidores, e assim por diante.”²⁰

Não há dúvida, portanto, que o direito civil perdeu parte da sua tradicional unidade sistemática, antes assentada de maneira estável e duradoura no Código Civil. A Teoria Geral da Propriedade já não é suficiente para atender a todas as situações em que se dá o exercício do domínio, que por isso se fragmenta. No âmbito da responsabilidade, torna-se clara a insuficiência da responsabilidade aquiliana para atender aos novos riscos decorrentes do desenvolvimento industrial e tecnológico. E a própria Teoria Geral dos Contratos já não mais responde às necessidades do consumo, da contratação em massa, da contratação coletiva, da contratação eletrônica etc²¹.

Tais circunstâncias, reproduzidas em diversos países europeus, contribuíram para que **Nalino Irti**, da Universidade de Roma, anunciasse a chamada “era da descodificação”, com a substituição do monossistema, fundado no Código Civil, por um polissistema, constituído de estatutos que se consubstanciam em verdadeiros microssistemas do direito privado²². Esses microssistemas, ao invés de gravitarem como satélites dispostos ao redor do grande centro de referência, que era o Código Civil, passam a funcionar, no entender de **Irti**, de forma isolada e com inteira independência temática. Nesse sentido, a seu ver, o Código Civil passaria a ter uma função “meramente residual”, aplicável apenas às matérias não regulamentadas pelas leis especiais.

²⁰ **Temas de Direito Civil**, Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p. 8-10.

²¹ **TEPEDINO, Gustavo, Temas de Direito Civil**, cit., p. 10-11.

²² A expressão dá o título à coletânea e é recorrente nos trabalhos reunidos em **N. Irti, L'età dela decodificazione** (v. **TEPEDINO, Gustavo, Temas de Direito Civil**, cit., p. 11, N.R.).

A despeito do seu incontestável valor histórico, a doutrina de **Natalino Irti**, se levada às últimas consequências, daria conta de uma grave fragmentação do sistema, a permitir a coexistência de universos legislativos isolados, sob a égide de princípios e valores díspares, “não raro antagônicos e conflitantes, ao sabor dos grupos políticos de pressão”²³.

Entretanto, não parece ter sido esse o espírito do legislador constituinte nacional. A nossa Carta Magna definiu princípios e valores bastante peculiares ao direito civil, em especial ao tratar da propriedade, dos direitos da personalidade, das relações de consumo, das empresas e da família. Sendo assim, muito embora reconhecendo a existência dos microsistemas, há claro direcionamento para uma unidade, não mais centrada exclusivamente no Código Civil, mas, sobretudo, na tábua axiológica da Constituição²⁴.

Seus ditames são exemplos evidentes da integração hermenêutica havida entre o Código Civil, as leis especiais e a Constituição: o tratamento dado à função social da propriedade privada, elevada a princípio fundamental do ordenamento, e não apenas a princípio da ordem econômica; o tratamento dado pela Lei de Locações (Lei nº 8.245/91) aos valores extrapatrimoniais, ou existenciais, da moradia, do trabalho, da estabilidade do homem em seu *habitat*, enfim, ao princípio maior da dignidade da pessoa humana; o tratamento dado aos consumidores pela Lei nº 8.069/90, que, em seu art. 4º, define que a política nacional das relações de consumo (informada pelos arts. 5º, XXXII, e 170, V, da Constituição) “tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo”; o tratamento dado ao direito de família, mediante a consagração, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, da igualdade de todos os filhos perante a Constituição (art. 227, parágrafo 6º da Constituição Federal) etc.

Portanto, os programas constitucionais não devem ser interpretados como programas políticos, deslocados da normativa concreta e atual. Ao contrário, devem ser lidos como uma forma de dar conteúdo ao Código Civil e às leis especiais.

²³ **TEPEDINO, Gustavo, Temas de Direito Civil**, cit., p. 12.

²⁴ A esse respeito, afirma **Gustavo Tepedino**: “Se o Código Civil mostra-se incapaz – até mesmo por sua posição hierárquica – de informar, com princípios estáveis, as regras contidas nos diversos estatutos, não parece haver dúvida que o texto constitucional poderá fazê-lo, já que o constituinte, deliberadamente, através de princípios e normas, interveio nas relações de direito privado, determinando, conseqüentemente, os critérios interpretativos de cada uma das leis especiais. Recupera-se, assim, o universo desfeito, reunificando-se o sistema” (**Temas de Direito Civil**, cit., p. 13).

Na esteira do que proclama **Gustavo Tepedino**, a partir da Constituição Federal de 1988 o civilista teve que superar, na atividade interpretativa, alguns “preconceitos” que o afastavam de uma perspectiva civil-constitucional. Em primeiro lugar, não se pode mais cogitar, no âmbito do direito civil, em princípios constitucionais apenas como princípios políticos. A Constituição tem um indispensável papel unificador do direito privado, e assim deve ser vista, para que, desta maneira, os institutos de direito privado sejam revistos e redimensionados. Em segundo lugar, os princípios constitucionais não podem ser tomados como simples princípios gerais do direito, extraídos implicitamente da legislação, pelo método indutivo. Ao contrário, tais princípios devem ser prestigiados de acordo com a relevante e destacada posição que detêm na hierarquia normativa nacional. Em terceiro lugar, ainda no que se refere à técnica interpretativa, o aplicador do direito não pode se manter apegado à necessidade de regulamentação casuística, uma vez que o legislador vem alterando a sua forma de legislar, dando preferência às cláusulas gerais e aos conceitos indeterminados, convencido que está da sua própria incapacidade para regular todas as inúmeras e multifacetadas situações nas quais o sujeito de direito se insere, atualmente. Por fim, o dirigismo contratual e as instâncias de controle social instituídas por uma sociedade mais participativa alteraram o comportamento do Estado em relação aos cidadãos, redefinindo os espaços do público e do privado, não mais pela existência ou não de intervenção pública nas atividades privadas ou pela exclusão da participação dos cidadãos nas esferas públicas, mas segundo a prevalência do interesse público ou do interesse privado na situação concreta²⁵.

Antes de ser compreendida como prova do agigantamento do direito público em detrimento do direito privado, a perspectiva de uma interpretação civil-constitucional deve ser vista como uma oportunidade de revigorar institutos de direito civil, segundo uma nova realidade social inserida no tecido normativo constitucional.

A inflexão dos novos princípios constitucionais, nas situações jurídicas subjetivas, proporcionou uma alteração valorativa no próprio conceito de ordem pública, elevando ao ápice do ordenamento jurídico nacional o princípio da dignidade da pessoa humana. E se “a proteção aos valores existenciais configura momento culminante da nova ordem pública instaurada pela

²⁵ V. **Temas de Direito Civil**, cit., p. 18-19.

Constituição”, diz **Gustavo Tepedino**, “não poderá haver situação jurídica subjetiva que não esteja comprometida com a realização do programa constitucional”²⁶.

No âmbito dos contratos, a situação não poderia ser diferente. Ao menos quatro princípios fundamentais de nosso texto Constitucional tocam a nova realidade contratual brasileira: a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III); o valor social da livre iniciativa (art. 1º, IV); a igualdade substancial (art. 3º, III); e a solidariedade social (art. 3º, I). Os dois primeiros são tidos pelo constituinte como fundamentos da República; os últimos são apresentados como os seus objetivos fundamentais; e todos eles informam uma nova principiologia das relações contratuais.

A verdade é que os três princípios cardinais do regime contratual, a autonomia privada, a força obrigatória dos contratos e a relatividade obrigacional, embora prestigiados pelo sistema, adquirem novos contornos a partir da Constituição Federal de 1988. Com o advento da nossa Magna Carta, há uma remodelagem da atuação da vontade individual, levando a efeito a funcionalização da atividade econômica, de modo a que esta atenda aos valores sociais constitucionalmente tutelados, em obediência aos princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social e da igualdade substancial, que integram o conteúdo do Estado Social de Direito delineado pelo constituinte.

Resta evidente, pois, a contribuição direta do nosso Texto Constitucional de 1988 para que fosse modificado o tradicional modo de se ver e interpretar o Direito Privado nacional, inclusive na seara contratual.

2.2. O CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO DE 2002

Além da Constituição Federal, não há dúvida de que o Código Civil de 2002 e os seus novos princípios influenciaram sobremaneira toda a estrutura contratual até então vigente no Brasil.

A história da codificação do direito civil brasileiro deve ser analisada levando-se em consideração seus dois maiores paradigmas, quais sejam, a codificação francesa e a alemã. A esse respeito, é posição assente na doutrina nacional que a divisão estrutural do Código Civil

²⁶ **Temas de Direito Civil**, Tomo II, cit., p. 42.

brasileiro de 1916, em sua Parte Geral e Especial, foi inspirada na divisão estabelecida pelo BGB²⁷, contendo, do ponto de vista material, forte influência do *Code Napoléon*²⁸.

Ao lado da influência estrutural e material franco-germânica, cumpre ressaltar que a efetivação das normas postas no ordenamento jurídico pátrio e seu modo de interpretação e aplicação devem ser entendidos em consonância com marcantes aspectos históricos, especialmente aqueles que envolvem a pré-história da independência jurídica nacional, assinalada pela vigência temporal do Código de 1916.

Como se sabe, após a Independência, em 1822, o Governo Imperial brasileiro editou a Lei de 20 de outubro de 1823, por intermédio da qual determinou que continuariam em vigor as ordenações, leis, os regimentos, alvarás, decretos e resoluções promulgados pelos reis de Portugal até 25 de abril de 1821, enquanto não se organizasse um novo Código ou aqueles novos diplomas não fossem especialmente alterados²⁹.

Esta a razão por que a formação do direito privado brasileiro deve ser vista como resultado de um longo processo evolutivo, iniciado com a primeira das Ordenações, no século XV, e sedimentado em meados do século XVIII, através das Ordenações Filipinas, promulgadas em 1603³⁰.

Já em 1867, Portugal adota um Código Civil de nítida inspiração francesa, o chamado Código de Seabra. No Brasil, por outro lado, apesar da determinação constitucional de 1824, para que fosse organizado, “o quanto antes, um Código Civil e Criminal fundado nas sólidas bases da justiça e da equidade”,³¹ permanece-se por conta da aludida Lei de 20 de outubro de 1823, até o início da obra codificatória, com **Teixeira de Freitas**³².

Augusto Teixeira de Freitas já havia apresentado, em 1858, um trabalho de consolidação das leis civis. O projeto então elaborado, denominado “Esboço do Código Civil”,

²⁷ Boa parte da doutrina atribui aos pandectistas alemães a idéia de dotar o Código Civil de uma Parte Geral contendo os princípios gerais aplicáveis aos livros da Parte Especial. No entanto, foi mesmo **Teixeira de Freitas** quem, precedendo em cerca de quarenta anos o BGB, preconizou em sua “Consolidação das Leis Civis” a estruturação de nosso estatuto civil dessa forma (**MARTINS-COSTA, Judith. A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 251).

²⁸ Ver **Pontes de Miranda, Fontes e evolução do direito civil brasileiro**, Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 93, **Clóvis do Couto e Silva, O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro**, *Ajuris*, v. 40 e **Judith Martins-Costa, A boa-fé no direito privado**, cit., p. 237 e seguintes.

²⁹ **MARTINS-COSTA, Judith, A boa-fé no direito privado**, cit., p. 239.

³⁰ **CRUZ, Guilherme Braga da, A formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro**, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. L, 1955, p. 34, *apud* **MARTINS-COSTA, Judith, A boa-fé no direito privado**, cit., p. 239.

³¹ Constituição brasileira de 1824, artigo 79, inciso XVIII.

³² **MARTINS-COSTA, Judith, A boa-fé no direito privado**, cit., p. 246.

continha cinco mil artigos e acabou não sendo acolhido, após sofrer críticas da comissão revisora³³. A esse propósito, salienta **Judith Martins-Costa**, “os infortúnios e a incompreensão que cercaram a obra de **Teixeira de Freitas** não foram inúteis”. Afinal, lembra a autora, o que importa registrar “foi o legado transmitido ao Código Civil no que diz com a concepção de sistema até então adotada”³⁴, em larga medida incorporada pelo Código Civil de 1916.

Após o rompimento do contrato de **Teixeira de Freitas** com o Governo Imperial, em 1872, várias outras tentativas foram feitas, até que a tarefa foi encomendada a **Clóvis Beviláqua**. O Projeto de Código Civil foi por ele então elaborado, depois revisto, encaminhado ao Presidente da República, que o remeteu ao Congresso Nacional, em 1900³⁵.

Na Câmara dos Deputados, o projeto sofreu algumas alterações determinadas por uma comissão especialmente nomeada para examiná-lo. No Senado, mereceu longo parecer de **Rui Barbosa**. Aprovado em janeiro de 1916, entrou em vigor em 1º de janeiro de 1917. Segundo **Carlos Roberto Gonçalves**, “tratava-se de um Código de acentuado rigor científico, cujo surgimento foi saudado com louvor por renomados juristas, como **Scialoja** na Itália, **Nolde** e **Wolff** na França, que enalteceram especialmente sua clareza e precisão científica”³⁶.

Pois bem, foi justamente essa grandiosa obra que o novo Código Civil brasileiro veio para revogar.

Após algumas tentativas frustradas de promover a revisão do Código Civil de 1916, o Governo Federal nomeou, em 1967, nova comissão de juristas, sob a supervisão de **Miguel Reale**. Integravam-na, além deste último: **José Carlos Moreira Alves** (Parte Geral), **Agostinho Alvim** (Direito das Obrigações), **Sylvio Marcondes** (Direito da Empresa), **Ebert Vianna Chamoun** (Direito das Coisas), **Clóvis do Couto e Silva** (Direito de Família) e **Torquato Castro** (Direito das Sucessões).

³³ **GONÇALVES, Carlos Roberto, Direito Civil Brasileiro**. 1º Volume. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p. 17. O Autor ressalta, igualmente, que a obra de **Teixeira de Freitas** influenciou o Código Civil argentino, do qual constitui a base.

³⁴ **A boa-fé no direito privado**, cit., p. 258. “O que no Código Civil ‘morde (digamos) a realidade vem de **Teixeira de Freitas**, ou de **Coelho Rodrigues**”, afirma **Pontes de Miranda**, referindo-se ao *Esboço* e ao Projeto de **Coelho Rodrigues**. Em termos quantitativos, deve-se a **Teixeira de Freitas** 189 das aproximadamente 1.929 fontes, o que, ainda segundo **Pontes de Miranda**, equivale a dizer que ‘em tudo o que se alterou foi o *Esboço* a fonte principal”.

³⁵ **Carlos Roberto Gonçalves, Direito Civil Brasileiro**, volume 1, cit. p. 17. Não se pode olvidar, ainda, que pouco antes da indicação de **Clóvis Beviláqua**, **Coelho Rodrigues** havia sido escolhido para a apresentação de um projeto, e ele o fez, tendo apresentado trabalho de incontestável merecimento, em condições de se converter em lei, mas que não obteve as boas graças do Legislativo, onde não teve andamento. **Clóvis Beviláqua** foi então convidado para esse mister, com a recomendação de aproveitar, tanto quanto possível, o projeto **Coelho Rodrigues**. Desse modo, foi possível desincumbir-se da difícil tarefa em pouco mais de seis meses.

³⁶ *Idem*, p. 18.

Muito embora designada para promover a substituição do Código então vigente, a “Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil”, segundo **Miguel Reale**, “estabeleceu, entre os seus propósitos iniciais, o de conservar o máximo possível o disposto no Código de 1916, objeto de preciosos estudos doutrinários e de valiosa jurisprudência (...)”³⁷.

Portanto, se a influência daquele *Codex* na citada Comissão não foi maior, isto se devem unicamente às imensas alterações operadas no decurso do século passado, tanto no plano científico e tecnológico como no campo social (especialmente aquelas havidas logo após a Grande Guerra), modificações essas que tornaram impossível a manutenção de algumas disposições legais, incompatíveis com os interesses e necessidades de nosso mundo de hoje.

Não se pode perder de vista que **Clóvis Beviláqua** redigiu seu anteprojeto de Código Civil em fins do século dezenove, quando ainda prevaleciam princípios de marcante individualismo, e a civilização brasileira ainda correspondia a uma sociedade rural e agrária, com a maior parte da população vivendo no campo³⁸.

Nos domínios da ciência do direito, como lembra **Miguel Reale**, “prevalecia a preocupação oitocentista da escola francesa da exegese ou da germânica dos pandectistas visando resolver as questões sociais tão somente à luz de categorias jurídicas, enquanto que, nos tempos atuais, se compreende o Direito em perene vinculação com valores sociais e éticos”³⁹.

E foram justamente esses valores, enfim, que nortearam as diretrizes maiores do novo Código, representadas por três princípios fundamentais: o da *operabilidade*, o da *socialidade* e o da *eticidade*.

No que se refere a operabilidade, preocupou-se a Comissão em estabelecer “soluções normativas de modo a facilitar sua interpretação e aplicação pelo operador do Direito”⁴⁰. Assim é que dúvidas e sinónimas foram eliminadas, ao passo que proliferaram no texto cláusulas gerais destinadas a alcançar o direito em sua concreção.

³⁷ Trecho retirado do artigo **Espírito da nova Lei Civil**, publicado por **Miguel Reale** no jornal “O Estado de São Paulo”, Espaço Aberto, em 04 de janeiro de 2003.

³⁸ Nesse sentido, assevera **Judith Martins-Costa**: “O Código a final vigorante em 1916 aliou a tradição sistemática moderna recebida intelectualmente pelos seus autores ao espírito centralizador de centenária tradição lusitana. Traduz, no seu conteúdo – liberal no que diz respeito às manifestações de autonomia individuais, conservador no que concerne à questão social e às relações de família -, a antinomia verificada no tecido social entre a burguesia mercantil em ascensão e o estamento burocrático urbano, de um lado, e, por outro, o atraso o mais absolutamente rudimentar do campo, onde as relações de produção beiravam o modelo feudal”.

³⁹ **Espírito da nova Lei Civil**, cit.

⁴⁰ **REALE, Miguel, Código Civil: operabilidade, o terceiro princípio fundamental**, artigo publicado no jornal “O Estado de São Paulo”, Geral, em 20 de agosto de 2001, p. A7.

Por outro lado, foi a partir do fortalecimento do princípio da socialidade que a fruição do próprio direito ganhou limites, “reconhecendo-se que este deve ser exercido em benefício da pessoa, mas sempre respeitados os fins ético-sociais da comunidade a que o seu titular pertence”⁴¹. Nesse desiderato, disciplinou-se de forma nova o direito de propriedade (a Constituição de 1988, no artigo 5º, inciso XXIII, estabelece que “a propriedade atenderá a sua função social”), valorizou-se a teoria da responsabilidade civil objetiva (quando a natureza da atividade desenvolvida pelo autor do dano, por si só, já implica grandes riscos para quem dela participa) e compreendeu-se a “função social do contrato” (representando uma justa composição de interesses individuais e coletivos).

Finalmente, deu-se forte ênfase à eticidade, buscando superar o apego do Código Civil de 1916 ao que **Miguel Reale** chamava de “formalismo jurídico”, fruto, a um só tempo, da influência recebida do Direito tradicional português (decorrente do valioso trabalho empírico dos glosadores) e da escola germânica dos pandectistas (dominada pelo “tecnicismo institucional haurido na admirável experiência do Direito romano”)⁴².

Exatamente por não acreditar na *geral plenitude da norma jurídica positiva*, dizia o professor da Universidade de São Paulo, é “preferível, em certos casos, prever o recurso a critérios ético-jurídicos que permita chegar-se à ‘concreção jurídica’, conferindo-se maior poder ao Juiz para encontrar-se a solução mais justa e equitativa”⁴³. Daí por que a opção do legislador, muitas vezes, por normas genéricas ou cláusulas gerais destinadas a orientar os magistrados - por intermédio de modelos jurídicos - a interpretar e aplicar o direito de conformidade com valores éticos⁴⁴.

Nesse contexto, surgem dispositivos legais nos moldes do artigo 113 do Código Civil, segundo o qual "os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração"; do artigo 422 do mesmo *Codex*, mediante o qual "os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé"; e nos moldes do artigo 187 do Código Civil brasileiro, responsável pela tipificação do abuso do direito, sempre que o titular de um direito, ao exercê-lo, exceda

⁴¹ REALE, Miguel, *Espírito da nova Lei Civil*, cit.

⁴² REALE, Miguel, *Código Civil: diretrizes na elaboração do anteprojeto*, artigo publicado no jornal “O Estado de São Paulo”, Geral, em 19 de agosto de 2001.

⁴³ *Visão geral do Projeto de Código Civil*. RT, v. 752, p. 22-30, jun. 1998, p. 28.

⁴⁴ Idem. *Ibidem*.

manifestamente “os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

3. AS CLÁUSULAS GERAIS

Antes de adentrar no estudo de cada um dos novos princípios contratuais, é fundamental compreender de que maneira tais princípios, ditos valorativos, foram inseridos em no ordenamento positivo brasileiro. Para tanto, uma análise teórica das chamadas *cláusulas gerais* se faz imprescindível, justamente por se constituírem, estas últimas, no meio escolhido pelo legislador para efetivar tais ingressos.

Foi por intermédio das cláusulas gerais, portanto, que os mais recentes princípios norteadores das relações contratuais foram incorporados à legislação civil nacional.

A tarefa de recolher e disciplinar, de forma incessante e progressiva, as tipologias sociais representativas das novas realidades foi o grande objetivo dos anteprojetadores do atual Código Civil. Ao encerrar, no Senado Federal, a votação do Projeto do Código Civil, o Senador **Josaphat Marinho** apresentou estudo no qual ressaltou a circunstância de mover-se, o legislador, “com espírito isento de dogmatismo, antes aberto a imprimir clareza, segurança e flexibilidade ao sistema em construção, e portanto adequado a recolher e regular mudanças e criações supervenientes”⁴⁵.

Ocorre que criar condições para que o próprio sistema possa “recolher e regular criações supervenientes”, sem a intervenção legislativa, não é tarefa das mais fáceis. Daí a opção pelos “modelos jurídicos inovadores, abertos e flexíveis”⁴⁶, dentre eles as chamadas *cláusulas gerais*, por muitos tidas como “a viga mestra” dos novos princípios contratuais⁴⁷.

Na verdade, o tema das cláusulas gerais relaciona-se com o movimento de descodificação que marca o fim do século XX, e constitui técnica legislativa que permite dotar de mobilidade o sistema jurídico, destacando a atividade do intérprete em detrimento do legislador,

⁴⁵ Item 26 do Parecer Final ao Projeto do Código Civil, *in* Internet, www.senado.gov.br.

⁴⁶ MARTINS-COSTA, Judith, *A boa-fé no direito privado*, cit., p. 19-20.

⁴⁷ Nesse sentido, ler Paulo Magalhães Nasser, *Onerosidade excessiva no contrato civil*, cit., p. 49 e seguintes.

que se abstém de tipificar condutas, em benefício da maior sintonia entre os fatos e o fenômeno jurídico⁴⁸.

Como sintetiza **Heloísa Carpena**:

“(…) a legislação por cláusulas gerais permite, em última análise, a constante atualização do ordenamento, dando flexibilidade ao julgador para decidir sobre novas e peculiares situações de conflito, que não poderiam ser previstas na lei ou seriam conduzidas a uma solução injusta. Contrapõe-se, como se percebe claramente, ao dogma da completude do ordenamento e à sua pretensão de atemporalidade, alicerces do positivismo e da Escola da Exegese que lhe deu sustentação”⁴⁹.

A técnica legislativa das cláusulas gerais contrapõe-se ao método legislativo da casuística.

A casuística, também conhecida por “técnica da regulamentação por *fattispecie*, caracteriza-se pelo grau de detalhamento ou exatidão por meio do qual os supostos de fato são apresentados e descritos (v.g.: arts. 133, 610 e 1.307 do Código Civil brasileiro)⁵⁰.

Quando confrontada com a casuística, afirma **Judith Martins-Costa**, as cláusulas gerais adquirem um duplo sentido: o amplo e o estrito. Amplamente considerada, indica forma ou estrutura cuja prescrição é vaga na hipótese, isto é, cujo conteúdo não está previamente descrito. Nesse sentido, as cláusulas gerais indicam *gênero* do qual são espécies os princípios, os conceitos indeterminados e as cláusulas gerais em sentido próprio ou estrito⁵¹. Por outro lado, em sua acepção estrita, as cláusulas gerais são enunciados elásticos (abertos, vagos, porosos, dúcteis) que substituem a descrição na hipótese normativa (fato tipo) e remetem a um *standard* e/ou realidades valorativas, implicando na estrutura do enunciado, na linguagem utilizada, no tipo de raciocínio suscitado e na prova da relação entre o fato que se quer provar e o previsto na disposição normativa⁵².

⁴⁸ **CARPENA, Heloisa. Abuso do Direito nos Contratos de Consumo.** Rio de Janeiro/São Paulo: Editora Renovar, 2001, p. 93.

⁴⁹ Idem. *Ibidem*.

⁵⁰ **MARTINS-COSTA, Judith. Cláusulas Gerais: um Ensaio de Qualificação.** In: Direito: teoria e experiência: estudos em homenagem a Eros Roberto Grau. Tomo II. José Augusto Fontoura Costa, José Maria Arruda de Andrade e Alexandra Mery Hansen Matsuo, organizadores. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 996.

⁵¹ Leciona **Judith Martins-Costa**: “Por conta dessa dupla acepção, melhor seria, para indicar o *gênero*, falar em normas *abertas*, ou *vagas*, ou, ainda, *elásticas*, *porosas* ou *dúcteis*, assim apontando à ausência, na hipótese, de uma pré-figuração descritiva ou especificativa, bem como ao emprego de termos cuja tessitura é semanticamente aberta, dotados, normalmente, de cunho valorativo” (**Cláusulas Gerais: um Ensaio de Qualificação**, in: Direito: teoria e experiência: estudos em homenagem a Eros Roberto Grau, Tomo II, cit., p. 997-998).

⁵² **MARTINS-COSTA, Judith. Cláusulas Gerais: um Ensaio de Qualificação.** In: Direito: teoria e experiência: estudos em homenagem a Eros Roberto Grau. Tomo II. José Augusto Fontoura Costa, José Maria Arruda de Andrade e Alexandra Mery Hansen Matsuo, organizadores. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 998.

Todo esse movimento se justifica, segundo **Judith Martins-Costa**, porque atualmente encontramos-nos no “mundo da insegurança”, isto é, diante da impossibilidade de manter a integridade lógica do sistema, antes representada e sustentada por uma ideologia tríplice: a “ideologia da sociedade”, a “ideologia da unidade legislativa” e a “ideologia da interpretação”⁵³.

A chamada “ideologia da sociedade” dizia respeito aos valores da burguesia liberal, à ideia do progresso individual e da livre iniciativa. Todas elas, ideias que se contrapunham, ainda que relativamente, ao interesse social⁵⁴. A “ideologia da unidade legislativa” propugnava pela visualização do Código Civil como um sistema completo, pleno, total, harmônico e autorreferente das leis civis⁵⁵. Por fim, “a ideologia da interpretação” resumia e limitava a atividade cognoscitiva dos juristas à defesa da unidade sistemática do ordenamento, impedindo a opção quanto ao método da interpretação das leis⁵⁶.

O tal “mundo da insegurança” quebrou essa tríplice ideologia. Nasceram e desenvolvem-se as grandes empresas transnacionais, constituem-se as associações de grupos sociais ou categorias, desenvolvem-se novas formas de instrumentação do domínio político e social, surgem os partidos políticos de massa, verifica-se a mundialização prática da atividade econômica, a inflação legislativa, o afinamento do muro divisório entre o direito público e o direito privado, a guerra entre o positivismo e o naturalismo⁵⁷; enfim, todos esses fatores a mostrar a necessidade de um novo paradigma de código, um código farto em modelos jurídicos abertos.

Desde então, tem sido observada a presença, nos códigos civis mais recentes e nas leis especiais, de normas que buscam a formulação da hipótese legal mediante emprego de conceitos cujos termos têm significados intencionalmente imprecisos e abertos, os chamados conceitos jurídicos indeterminados. Ao mesmo tempo, leciona **Martins-Costa**, “verifica-se a

⁵³ **A boa-fé no direito privado**, cit., p. 276.

⁵⁴ Idem. Ibidem.

⁵⁵ Idem, p. 277. “A sociedade oitocentista, assentada na propriedade fundiária e no liberalismo econômico, em matéria contratual, se reconhecia no código como num espelho. O código era tido como a ‘Constituição da vida privada’, e, portanto, a unidade das relações sociais representadas pela unidade da classe hegemônica se refletia na unidade legislativa que o código continha, tal qual o sistema das regras jurídicas aí inserido espelhava o sistema da realidade social subjacente.”

⁵⁶ **A boa-fé no direito privado**, cit., p. 279. “Por essa razão não havia nem mesmo possibilidade de opção quanto ao método da interpretação das leis, e as prescrições legais eram necessariamente visualizadas na representação simplificadoria de uma plana subsunção que poderia ser operada através da dedução silogística, sem que fosse possível uma intervenção “estranha” às regras pré-estabelecidas”.

⁵⁷ Idem, p. 280-283.

ocorrência de normas cujo enunciado, ao invés de traçar punctualmente a hipótese e as suas conseqüências, é intencionalmente desenhado como uma vaga moldura, permitindo, pela abrangência de sua formulação, a incorporação de valores, princípios, diretrizes e máximas de conduta originalmente estrangeiros ao *corpus* codificado, bem como a constante formulação de novas normas: são as chamadas *cláusulas gerais*”⁵⁸.

Muito embora as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados possuam traços semelhantes, tais como o alto grau de “vagueza semântica” e o “reenvio a *standards* valorativos extrassistemáticos”⁵⁹, certo é que se distinguem, especialmente no plano funcional.

Enquanto os conceitos formados por termos indeterminados sempre integram a descrição do “fato” em exame, carreando ao juiz a simples tarefa de precisar o que a sociedade onde vive tem para si sobre determinada expressão (a liberdade do aplicador se exaure na fixação da premissa), as cláusulas gerais funcionam como um instrumental à aplicação do direito propriamente dito, impondo ao magistrado a pesquisa de soluções dentro do próprio sistema, através da análise da jurisprudência e/ou da doutrina, no intuito de criar o regramento aplicável ao caso concreto⁶⁰.

As cláusulas gerais, do ponto de vista estrutural, “constituem normas (parcialmente) em branco, as quais são completadas mediante a referência a regras extrajurídicas”⁶¹. A sua concretização exige que o juiz seja “reenviado a modelos de comportamento e a pautas de valoração que não estão descritos nem na própria cláusula geral nem, por vezes, no próprio ordenamento jurídico, podendo ainda o juiz ser direcionado pela cláusula geral a formar normas de decisão, vinculadas à concretização de um valor, de uma

⁵⁸ Idem, p. 286.

⁵⁹ Expressões reiteradamente utilizadas por **Judith Martins-Costa**, em sua obra **A boa-fé no direito privado** (cit.).

⁶⁰ Distinção baseada nas lições de **Judith Martins-Costa**, in **A boa-fé no direito privado**, cit., p. 324-328. A citada autora facilita o *discrimen* através da análise do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor (“Art. 51. São nulas, de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...) IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a *boa-fé* ou a equidade.”) e do artigo 422 do Código Civil brasileiro (“Art. 422. Os contraentes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e *boa-fé*.”), ambos os enunciados contêm a expressão “*boa-fé*”. Diz a Autora: “No primeiro caso (CDC) está posta a hipótese legal da nulificação de cláusula contratual, por ato judicial. No caso concreto, o juiz deverá precisar o que a sociedade onde vive tem para si como “incompatibilidade com a *boa-fé*”, tarefa eminentemente hermenêutica”. No segundo caso, continua, “a par de tomar em conta o critério valorativo (interpretação), deverá o juiz, tendo em vista o instrumental que o próprio sistema lhe oferece, pesquisar as soluções anteriormente conferidas pela jurisprudência e/ou aquelas apontadas pela doutrina, e criar o regramento aplicável ao caso concreto toda vez que um contrato não for executado em acordo à *boa-fé* (concreção judicial)”.

⁶¹ **MARTINS-COSTA, Judith, A boa-fé no direito privado**, cit., p. 329.

diretiva ou de um padrão social, assim reconhecido como *arquetipo exemplar da experiência social concreta*⁶².

Pouco a pouco, espera-se que a jurisprudência forme espécies de “catálogos de casos” com a mesma *ratio decidendi*. Ter-se-á, assim, progressivamente, a regulação geral (e não particular) dos casos, sem a interferência legislativa, e em consonância com o progresso das relações sociais⁶³.

Isso não significa, porém, que através desse processo haverá uma “positivação progressiva” da moral jurídica. E a explicação, reproduzida por **Judith Martins-Costa**, é simples:

“As fontes de produção jurídica – seja a lei, a jurisdição, o costume ou o negócio jurídico – geram modelos jurídicos. Se o conteúdo destas não é estático, predeterminado e intangível, pondo-se na experiência jurídica positiva de forma dinâmica, “aberta” e processual, consequentemente também não são estáticos os modelos. Eles obedecem às mesmas dinamicidade, historicidade e processualidade insitas ao conteúdo das fontes que os compõem e das normas que especificam. Por isso é que obedecem a variados tipos também *conformemente ao enunciado normativo* que especificam: podem ser menos flexíveis, o que se dá sobretudo quando se trata de normas com forte conteúdo declaratório, ou dotados de significado variável: estes estão relacionados às fontes que têm como conteúdo modelos de significação variável, em virtude de alterações factuais ou axiológicas conaturais às relações regradas”⁶⁴.

De qualquer forma, e a despeito das inúmeras discussões e teses que envolvem as cláusulas gerais, o que nos interessa fixar, neste momento, é que o Código Civil brasileiro encontra-se repleto destas cláusulas, nos moldes do quanto preconizado pelos integrantes da Comissão Elaboradora do Projeto de Código Civil.

Clovis do Couto e Silva, a respeito, manifestou-se:

“O pensamento que norteou a Comissão que elaborou o Projeto do Código Civil brasileiro foi o de realizar um Código central, no sentido que lhe deu Arthur Steinwenter, sem a pretensão de nele incluir a totalidade das leis em vigor no País (...). O Código Civil, como Código central, é mais amplo que os códigos civis tradicionais. É que a linguagem é outra, e nela se contém ‘cláusulas gerais’, um convite para uma atividade judicial mais criadora, destinada a complementar o *corpus juris* vigente com novos princípios e normas”⁶⁵.

As cláusulas gerais não estão uniformemente dispostas no Código civil. A Parte Geral, embora destinada a fixar os parâmetros de todo o sistema - ou seja, marcada pelo propósito de máximo rigor conceitual -, abriga ponderável número de normas abertas ou semanticamente vagas. São exemplos: a regra acerca da privacidade (artigo 21), que confere mandato ao juiz para adotar as “providências necessárias” à manutenção da integridade da vida privada; as normas dos

⁶² Idem, p. 329-330.

⁶³ **MARTINS-COSTA, Judith, A boa-fé no direito privado**, cit., p. 331.

⁶⁴ Idem, p. 333.

⁶⁵ **O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro**. *Ajuris*, v. 40, p. 148-149.

artigos 112 (interpretação dos negócios jurídicos segundo a boa-fé), 138 (*standard* da “normal diligência” na apreciação do erro) e o artigo 187, responsável pelos contornos da ilicitude por abuso do direito.

No entanto, é principalmente nos Livros concernentes ao direito de família e ao direito das obrigações que se encontram a maior parte das cláusulas gerais, das quais se destacam as duas que comandam o comportamento contratual, a saber, a da *função social do contrato* (art. 421), e da *probidade e boa-fé objetiva* (art. 422)⁶⁶.

4. OS NOVOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO REGIME CONTRATUAL

Viu-se que o contexto axiológico no qual se insere o atual Código Civil brasileiro, a partir da Constituição Federal de 1988, alterou substancialmente o tradicional sentido atribuído à autonomia privada e à teoria contratual.

Embora ainda prestigiados pelo sistema, o fato é que os princípios fundamentais clássicos do regime contratual (autonomia privada, consensualismo e força obrigatória), diante de tudo o quanto aqui exposto, doravante estarão sempre acompanhados de outros princípios, dentre os quais se destacam: a *boa-fé objetiva*; a *equivalência material dos contratos*; e a *função social dos contratos*.

4.1. A BOA-FÉ OBJETIVA

A *teoria da boa-fé objetiva* é fruto de um importantíssimo avanço da doutrina moderna⁶⁷, com ponderáveis reflexos no direito contratual e no *direito dos juízes*⁶⁸.

⁶⁶ É preciso registrar que as mesmas não esgotam a disciplina do campo contratual, no qual incidem ainda as cláusulas gerais do comportamento segundo os usos do lugar de sua celebração (art. 113 do Código Civil brasileiro) e as da reparação de danos, por culpa (arts. 186 e 930, *caput*, ambos do Código Civil brasileiro) e por risco (art. 927, parágrafo único do Código Civil brasileiro).

⁶⁷ É importante registrar que a influência da boa-fé na formação dos institutos jurídicos não se limitou ao direito moderno. Basta contemplar o direito romano para constatar a sua importância. Nos dizeres de **Clóvis V. do Couto e Silva**, “a atividade criadora dos magistrados romanos, restringida num primeiro momento ao *ius gentium*, e posteriormente às relações entre os civis, através do *ius honorarium*, valorizava grandemente o comportamento ético das partes, o que se expressava, sobretudo, nas *actiones ex fide bona*, nas quais o arbítrio do *iudex* se ampliava, para que pudesse considerar, na sentença, a retidão e a lisura do procedimento dos litigantes, quando da celebração do negócio jurídico” (**A obrigação como processo** – reimpressão. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 32).

⁶⁸ Expressão cunhada por **Clóvis V. do Couto e Silva**, in **A obrigação como processo**, cit., p. 41-43.

O primeiro passo para compreender o princípio da boa-fé é distinguir a *boa-fé subjetiva* da *boa-fé objetiva*.

Boa-fé subjetiva (ou o “agir de boa-fé”) expressa um *estado de fato*, um estado subjetivo decorrente do conhecimento de certas circunstâncias, cuja constatação traz consequências legais (a posse de boa-fé, mais o decurso do tempo, gera a aquisição da propriedade, por usucapião)⁶⁹.

Por outro lado, a boa-fé objetiva se apresenta como um modelo jurídico⁷⁰, impondo às pessoas um comportamento honesto, correto e leal, principalmente em função dos interesses do outro, visto como um membro do conjunto social, que é juridicamente tutelado.

Vale notar, a esse propósito, que o conteúdo da boa-fé objetiva não pode ser rigidamente fixado, dependendo sempre das concretas circunstâncias do caso⁷¹. Trata-se de solução jurídica, e não de cunho moral, uma vez que remete e submete a solução do caso concreto “à estrutura, às normas e aos modelos do sistema, considerado este de modo aberto”⁷².

Ademais, o princípio da boa-fé conjuga-se com outros princípios, postulados normativos, diretrizes, presunções e regras jurídicas, a depender dos campos em que atua. Nas relações obrigacionais “puramente” civis, por exemplo, o princípio da boa-fé conjuga-se com o princípio da autonomia privada, com o da autorresponsabilidade (contrapartida da autonomia privada) e com o dever de cooperação, resultando em um sentido ético prevalente na relação

⁶⁹ MARTINS-COSTA, Judith. **Critérios para aplicação do princípio da boa-fé objetiva (com ênfase nas relações empresariais)**. In: Estudos de Direito Privado e Processual Civil: em homenagem a Clóvis do Couto e Silva. Judith Martins-Costa e Véra Jacob de Fradera, organizadoras. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 194.

⁷⁰ Na acepção que lhe foi dada por Miguel Reale, em **O direito como experiência**, na edição de 1968, desenvolvida na edição de 1992, em especial no capítulo VIII.

⁷¹ Foi dito que respeitar a boa-fé objetiva significa ter um comportamento honesto, correto e leal. Notou-se, também, que tal informação não é suficiente para desvendar, nos casos concretos, o caráter indeterminado desta verdadeira “norma em branco”. Justamente por isso, a doutrina moderna, sobretudo a alemã, tem elaborado, com base na jurisprudência, uma série de “hipóteses típicas” ou “figuras sintomáticas”, as quais concretizam a cláusula geral da boa-fé. São exemplos destas hipóteses a proibição de levar adiante pretensão incompatível ou contraditória com a conduta anterior do pretendente; a impugnação da validade de um negócio jurídico por quem, apesar disso, o cumpre ou aceita o cumprimento realizado pela outra parte; a vedação de o credor recusar a prestação apta a satisfazer o seu interesse, embora não esteja inteiramente de acordo com as estipulações contratuais; a proibição de se invocar a exceção do contrato não cumprido, quando a falta do inadimplente não seja de tal modo grave que justifique a recusa em cumprir da outra parte etc (COUTINHO DE ABREU, Jorge Manuel. **Do abuso de direito – Ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais**. Coimbra: Livraria Almedina, 1999, p. 59-60). Em função desse caminho percorrido por ordenamentos já afeitos à boa-fé objetiva, pode-se imaginar e sugerir que doravante também a jurisprudência nacional se preocupe em identificar “hipóteses típicas” ou “figuras sintomáticas” que representem e facilitem a concretização da cláusula geral da boa-fé.

⁷² **A boa-fé no direito privado**, cit., p. 412-413.

interindividual⁷³. Já nas relações contratuais interempresariais, a boa-fé objetiva se relaciona com o princípio da confiança (seja a confiança como confiabilidade, seja a confiança como credibilidade, seja como estado psicológico de crença legítima ou mesmo como previsibilidade necessária para o cálculo do investidor, sócio ou empresário) e com o princípio da liberdade de iniciativa econômica (o chamado “dinamismo do mercado”), criando para os sujeitos de uma relação obrigacional “uma ordem envolvente de condutas que imanta a conduta negocial, a mensura e a direciona aos valores da probidade, honestidade e lealdade próprios de um *civiliter agere*”⁷⁴.

Essa “ordem envolvente” se refere ao campo onde a relação obrigacional incide, harmonizando-se com outros elementos normativos e fáticos. Vale dizer, os deveres decorrentes da lealdade e da boa-fé não se manifestam sempre os mesmos, e do mesmo modo. Eles são ordenados em graus de intensidade que variam conforme a categoria dos atos jurídicos a que se ligam, bem como de acordo com as fases e planos da relação obrigacional (abrangendo desde a fase das tratativas negociais até a fase pós-contratual, e discernindo-se entre a boa-fé contratual e a boa-fé extracontratual)⁷⁵. Por outro lado, as consequências da infração à boa-fé dependem da situação, do tipo de dever violado, do momento e do modo como foi violado (há efeitos indenizatórios, resolutivos e invalidantes)⁷⁶.

Seja qual for a regulação jurídica subjacente, à boa-fé objetiva são imputadas, tradicionalmente, três distintas funções, muito bem resumidas por **Judith Martins-Costa**: a de “cânone hermenêutico-integrativo do contrato” (art. 113 do Código Civil brasileiro), a de “norma de criação de deveres jurídicos” (art. 422 do Código Civil brasileiro) e a de “norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos” (art. 187 do Código Civil brasileiro).

Na função *hermenêutica*, a boa-fé atua como cânone de interpretação das cláusulas e do comportamento contratual, exigindo, por exemplo, coerência no comportamento

⁷³ **MARTINS-COSTA, Judith. Critérios para aplicação do princípio da boa-fé objetiva (com ênfase nas relações empresariais)**, cit., p. 197.

⁷⁴ **MARTINS-COSTA, Judith. Critérios para aplicação do princípio da boa-fé objetiva (com ênfase nas relações empresariais)**, cit., p. 205-206.

⁷⁵ **V. MARTINS-COSTA, Judith. Critérios para aplicação do princípio da boa-fé objetiva (com ênfase nas relações empresariais)**, cit., p. 216-223.

⁷⁶ **V. MARTINS-COSTA, Judith. Critérios para aplicação do princípio da boa-fé objetiva (com ênfase nas relações empresariais)**, cit., p. 206-208.

contratual, de modo que o comportamento posterior das partes seja recolhido como meio auxiliar de interpretação do significado da declaração negocial⁷⁷.

Na função de *cânone integrativo do contrato*, a boa-fé objetiva destina-se ao preenchimento de lacunas presentes nas relações contratuais, decorrentes de situações ou eventos nem sempre previstos ou previsíveis pelos contratantes⁷⁸. Nessas hipóteses, resta ao juiz tornar concreto o mandamento de respeito à recíproca confiança incumbente às partes contratantes, não permitindo que o contrato, como regulação objetiva dotada de um específico sentido, atinja finalidade oposta ou contrária àquela que, razoavelmente, à vista de seu escopo econômico-social, seria lícito esperar⁷⁹.

Para tanto, se necessário for, deve o juiz impor outros deveres às partes, que não se confundem com as obrigações principais nem com as que lhes são meramente anexas, ou acessórias.

Ingressa-se, então, na segunda função reservada à boa-fé objetiva, qual seja a criação dos chamados deveres instrumentais, secundários, laterais ou anexos.

Entre os deveres com tais características, **Judith Martins-Costa** cita, como exemplos:

“a) os *deveres de cuidado, previdência e segurança*, como o dever do depositário de não apenas guardar a coisa, mas também de bem acondicionar o objeto deixado em depósito; b) os *deveres de aviso e esclarecimento*, como o do advogado, de aconselhar o seu cliente acerca das melhores possibilidades de cada via judicial passível de escolha para a satisfação de seu *desideratum*, o do consultor financeiro, de avisar a contraparte sobre os riscos que corre, ou o

⁷⁷ **MARTINS-COSTA, Judith. Critérios para aplicação do princípio da boa-fé objetiva (com ênfase nas relações empresariais)**, cit., p. 210.

⁷⁸ Tomando por empréstimo os ensinamentos de **Clóvis do Couto e Silva** (“A obrigação como processo”), **Martins-Costa** afirma: “‘Em muitos casos é difícil determinar, com firmeza, o que é resultado do princípio da boa-fé e o que é conquista da interpretação integradora’. Esta, embora sirva para ‘aumentar o conteúdo do negócio jurídico’, tem, todavia, como ponto nuclear, ‘a pesquisa e explicitação volitiva das partes no momento da constituição do negócio, não abrangendo, por consequência, as mesmas situações atingidas pelo princípio da boa-fé, o qual traça uma órbita bem mais ampla, assumindo, por vezes, função limitadora de direitos (...) e alcançando todos os momentos e fases do vínculo, desde o seu nascimento até o adimplemento de deveres e obrigações’. Se a diferença é de âmbito e de método, e ‘o rigor científico exige a separação’ entre ambas, a conjuntiva serve para explicar que, neste tema, não atua a boa-fé apenas como recurso para interpretação flexibilizadora da vontade das partes: também a integração das lacunas a ela se liga” (**A boa-fé no direito privado**, cit., p. 428-429).

⁷⁹ Sobre a relação entre a hermenêutica integradora e o princípio da boa-fé, **Clóvis V. do Couto e Silva** assevera: “Nesse processo hermenêutico, cuida-se em conferir justa medida à vontade que se interpreta – pois que o contrato não se constitui de duas volições, ou de uma oferta e uma aceitação, isoladamente, mas da fusão desses dois elementos – e de evitar-se o subjetivismo e o psicologismo a que se chegaria sem dificuldade, caso o interesse de ambas as partes não fosse devidamente considerado. Por meio da interpretação da vontade, é possível integrar o conteúdo do negócio jurídico com outros deveres que não emergem diretamente da declaração. (...) Além disso, o princípio da boa-fé revela-se como delineador do campo a ser preenchido pela interpretação integradora, pois de perquirição dos propósitos e intenções dos contratantes, pode manifestar-se a contrariedade aos bons costumes ou à boa-fé” (**A obrigação como processo**, cit., p. 35-36).

do médico, de esclarecer o paciente sobre a relação custo/benefício do tratamento escolhido, ou dos efeitos colaterais do medicamento indicado, ou ainda, na fase pré-contratual, o do sujeito que entra em negociações, de avisar o futuro contratante sobre os fatos que podem ter relevo na formação da declaração negocial; c) os *deveres de informação*, de exponencial relevância no âmbito das relações jurídicas de consumo, seja por expressa disposição legal (CDC, arts. 12, *in fine*, 14, 18, 20, 30 e 31, entre outros), seja em atenção ao mandamento da boa-fé objetiva; d) o *dever de prestar contas*, que incumbe aos gestores e mandatários, sentido amplo; e) os *deveres de colaboração e cooperação*, como o de elaborar o correto adimplemento da prestação principal, ao qual se liga, pela negativa, o de não dificultar o pagamento, por parte do devedor; f) os *deveres de proteção e cuidado com a pessoa e o patrimônio da contraparte*, como, v.g., o dever do proprietário de uma sala de espetáculos ou de um estabelecimento comercial de planejar arquitetonicamente o prédio, a fim de diminuir os riscos de acidentes; g) os *deveres de omissão e de segredo*, como o dever de guardar sigilo sobre atos ou fatos dos quais se teve conhecimento em razão do contrato ou de negociações preliminares, pagamento por parte do devedor etc”⁸⁰.

Os deveres instrumentais são concretizados, pois, a partir da “adoção de determinados comportamentos”, impostos pela boa-fé, tendo em vista a finalidade do contrato e a relação de objetiva confiança que o mesmo fundamenta.

Mas não é só. A boa-fé objetiva pode funcionar, ainda, como limitador de direitos subjetivos⁸¹. Explica-se.

A função de criar deveres para uma das partes, ou para ambas, pode ter, correlativamente, a função de limitar ou restringir direitos. Assim, a boa-fé pode atuar no controle do próprio conteúdo contratual bem como no comportamento das partes na sua execução, de modo a evitar condutas oportunistas ou disfuncionais à racionalidade econômico-empresarial do contrato concretamente considerado⁸². A *exceptio doli*⁸³, o adimplemento substancial do contrato⁸⁴, o abuso do direito, dentre outros, são exemplos de institutos usados para esse fim⁸⁵.

⁸⁰ MARTINS-COSTA, Judith, *A boa-fé no direito privado*, cit., p. 439.

⁸¹ Judith Martins-Costa também escreve a respeito em *A boa-fé no direito privado*, cit., p. 455-472.

⁸² MARTINS-COSTA, Judith. *Crítérios para aplicação do princípio da boa-fé objetiva (com ênfase nas relações empresariais)*, cit., p. 215.

⁸³ “A *exceptio doli*, no direito romano, constituía uma das três defesas específicas contra o dolo, ao lado da *clausula doli* e da *actio de dolo*. Desde a origem restava marcado o seu caráter de exceção, aquilo que paralisa a pretensão, ou como ensina Pontes de Miranda, algo que “diz respeito à eficácia do *ius excepciones* e à eficácia do direito, da pretensão ou da ação, ou da execução, que ela excetua” (Tratado de direito privado, cit., t. VI, § 628, p. 3). Segundo observa Menezes Cordeiro, a *exceptio doli* servia ao réu contra ações dolosas, ligando-se à boa-fé através dos *bonae fidei iudicia*. Por isso mesmo, não era um instituto de enunciação abstrata, havendo, antes, uma enumeração casuística. Era reconhecida à *exceptio doli* uma dupla atuação: em uma vertente, o réu alega a prática, pelo autor, de dolo, no momento em que a situação jurídica se formara (*exceptio doli praeteriti*, ou *specialis*; noutra vertente, o réu contrapunha à ação a incursão do autor em dolo, no momento da discussão da causa (*exceptio doli praesentia*, ou *generalis*). Esta segunda acepção teve grande desenvolvimento e chega ao direito comum de maneira “difusa”, o que “lhe permite enfrentar situações mais tarde aparentadas ao abuso de direito” (*Da boa-fé...*, cit. p. 723). Contudo, não ingressou no BGB, mantendo-se no sistema por obra jurisprudencial. Mesmo assim, entrou, satisfazia (...) uma Ciência do Direito de exigência crescente” (p. 728), sendo a sua função assumida, de forma menos fluida, pela boa-fé” (MARTINS-COSTA, Judith, *A boa-fé no direito privado*, cit., p. 455).

⁸⁴ “Contrato. Resolução. Adimplemento substancial. O comprador que pagou todas as prestações de contrato de longa duração, menos a última, cumpriu substancialmente o contrato, não podendo ser demandado por resolução.

É preciso registrar, contudo, que a indisfarçável importância das funções desempenhadas pela boa-fé não justifica ou autoriza, por si só, a desenfreada utilização do instituto. A predisposição em fazer uso do princípio da boa-fé objetiva, se levada a extremos, pode ensejar a subversão da dogmática tradicional, com prejuízo a alguns dos mais importantes valores consagrados por nosso ordenamento jurídico.

A cláusula geral da boa-fé objetiva não se presta a “remover os males do mundo”, muito menos a justificar eventual ultrapassagem dos limites legislativos⁸⁶. **Clóvis V. do Couto e Silva**, acerca desta problemática, desde há muito deixou claro o real propósito da aplicação do referido princípio, ao escrever:

“A aplicação do princípio da boa-fé tem (...) função harmonizadora, conciliando o rigorismo lógico-dedutivo da ciência do direito do século passado com a vida e as exigências éticas atuais, abrindo, por assim dizer, no *hortus conclusus* do sistema do positivismo jurídico, ‘janelas para o ético’”⁸⁷.

Se se ativer aos contratos, é possível afirmar, portanto, que a aplicação da cláusula geral da boa-fé deve ocorrer para conciliar os tradicionais princípios contratuais (v.g. o *pacta sunt servanda*) com os novos princípios de inspiração ético-social.

A ressalva é especialmente importante, se vista sob a perspectiva dos magistrados. Ao lançar mão da boa-fé objetiva, deve o juiz deixar de lado qualquer arbítrio subjetivo, para fazer uso da cláusula geral apenas como um importante critério de valoração jurisdicional (e não como desfecho prévio), visando ao concerto de todos os princípios contratuais úteis à solução de um determinado caso concreto.

Nas sábias palavras de **Clóvis V. do Couto e Silva**:

Ação de rescisão de julgado improcedente e procedente a consignatória. Apelo provido em parte, apenas relativamente aos honorários. (Ap. civ. 588012666, Canoas, TJRS, 5ª Câm. Civ., rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar Jr., j. em 12.04.88)”.

⁸⁵ A dificuldade, no entanto, é identificar a ocorrência desses eventos nos casos concretos, uma vez que todos eles parecem afeitos a elementos fortemente subjetivos (intenção) e, portanto, de difícil comprovação. Por isso, **Judith Martins-Costa** afirma que a tendência, hoje verificável, é “de sistematizar estes casos através do recurso à boa-fé objetiva, caminho que se insere na tendência que busca especificar os casos de aplicação da boa-fé objetiva, tornando o princípio menos fluido e de acentuado caráter técnico”. E conclui: “O caminho antes assinalado é fruto da necessidade, já aqui grifada, de isolar a boa-fé como norma técnica dotada de um específico – embora alargado – domínio de aplicação. Esta necessidade, repito, advém da constatação segundo a qual, se vista apenas como norma de reenvio de padrões éticos, tanto faria o apelo à boa-fé, como ao abuso de direito, quanto a um vago juízo de equidade, a uma cláusula geral de exceção de dolo ou conceitos similares, pois, em todos os casos, se estaria apenas ampliando a extensão dos poderes do juiz e não se permitindo um juízo com base em certo conteúdo substancial e específico” (**A boa-fé no direito privado**, cit., p. 455-456).

⁸⁶ Advertência formulada por **Lehmann**, reproduzida por **Clóvis V. do Couto e Silva**, in **A obrigação como processo**, p. 42.

⁸⁷ **A obrigação como processo**, p. 42.

“Num sistema jurídico sem lacunas, a função do juiz resume-se em elaborar mecanicamente as soluções, esvaziando-se o direito de conteúdo vital. Num sistema jurídico concebido, não como uma *Geschlossenheit*, como um mundo fechado, mas sim como algo com aberturas por onde penetram os princípios gerais que o vivificam, não se poderá chegar a uma solução concreta apenas por processo dedutivo ou lógico matemático. Com a aplicação do princípio da boa-fé, outros princípios havidos como absolutos serão relativizados, flexibilizados, ao contato com a regra ética”⁸⁸.

Estas são algumas das consequências que a teoria da boa-fé objetiva traz para a nova realidade dos contratos e da própria jurisdição e cuja análise, mesmo que breve, avalia-se como imprescindível ao desenvolvimento deste artigo.

4.2. A EQUIVALÊNCIA MATERIAL DOS CONTRATOS

Ponderou-se que, ao longo do tempo, os contratos deixaram de pressupor a *igualdade formal* das partes - pensamento característico do Estado Liberal -, para servirem de instrumento na busca pela *igualdade substancial ou real*, isto é, do chamado *equilíbrio contratual*⁸⁹. Assim, ao lado dos princípios da boa-fé objetiva e da função social, passou-se a cogitar na *equivalência material dos contratos*⁹⁰ como um novo princípio social a ser considerado.

Como não poderia deixar de ser, o atual Código Civil brasileiro foi forjado com base na existência deste novo princípio.

Miguel Reale, ao discorrer sobre o assunto, confirma tal assertiva:

“O Código é um sistema, um conjunto harmônico de preceitos que exige a todo instante recurso à analogia e a princípios gerais, devendo ser valoradas todas as consequências da cláusula *rebus sic stantibus*. Nesse sentido, é posto o princípio do equilíbrio econômico dos contratos como base ética de todo o direito obrigacional. (...) Nesse contexto, abre-se campo a uma nova figura, que é da resolução do contrato como um dos meios de preservar o equilíbrio contratual”⁹¹.

⁸⁸ **A obrigação como processo**, p. 42.

⁸⁹ “Em vez de adversários, os contratantes passaram, num número cada vez maior de contratos, a ser caracterizados como parceiros, que pretendem ter, um com o outro, uma relação equilibrada e equitativa, considerando os ideais de fraternidade e justiça. Já no início do século XX, alguns autores, como René Demogue, referiam-se ao contrato como sendo “uma união de interesses equilibrados, um instrumento de cooperação leal, uma obra de confiança mútua”. Mais recentemente, outros autores desenvolveram a tese da equação contratual, inspirada no direito administrativo, para vislumbrar no contrato um ponto de equilíbrio necessário, ou seja, um instrumento de colaboração entre os contratantes, no interesse de ambos e da própria sociedade” (**Arnoldo Wald, Um novo direito para a nova economia: a evolução dos contratos e o código civil**, cit., p. 85).

⁹⁰ Há quem designe tal princípio como de justiça contratual. A propósito, explica **Fernando Rodrigues Martins** que a noção de justiça contratual guarda espaço bem mais amplo que a reservada ao equilíbrio contratual, uma vez que, enquanto este se liga mais à perspectiva de intercâmbio das prestações, aquela se reveste de um julgamento ético, que absorve o sentido mercadológico. Portanto, a referência que se faz à justiça contratual é principiológica, abrangendo o equilíbrio (**Princípio da justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 21).

⁹¹ **Visão geral do Projeto de Código Civil**. RT, v. 752, p. 22-30, jun. 1998, p. 29.

Além de ratificar a presença do princípio da equivalência material dos contratos no âmbito de nosso Código Civil⁹², as lições de **Miguel Reale** evidenciam a relação entre tal princípio e os princípios gerais da eticidade e da socialidade. Vale dizer, enquanto o princípio da eticidade autoriza que o magistrado perquiria sobre o equilíbrio de determinada contratação, segundo os critérios da equidade, boa-fé, justa causa etc., o princípio da socialidade determina quais são os limites dessa busca, de acordo com a função social dos contratos⁹³.

Não se pode olvidar, ainda, que a atual Constituição Federal brasileira erigiu, como um dos objetivos fundamentais da República, o estabelecimento de relações justas e solidárias (art. 3º, I), de modo que, aos tradicionais princípios da autonomia privada, da obrigatoriedade das convenções e do consensualismo, pudessem ser somados, de forma harmônica, os princípios sociais da equivalência material, da função social e da boa-fé objetiva.

Como lembra **Rodrigo Toscano de Brito**, o conceito de equivalência material supõe, necessariamente, a noção de boa-fé objetiva:

“De fato, os limites da relação interna entre os contratantes são encontrados a partir do dever de lealdade e de confiança, de forma que não há dúvida sobre o conteúdo necessário da boa-fé objetiva para o alcance da equivalência material”⁹⁴.

O princípio da boa-fé objetiva e as diretrizes de eticidade e de socialidade garantem a existência de um ambiente mínimo para as noções gerais do princípio do equilíbrio contratual. Contudo, o seu conteúdo mais específico, no sentido de “justa proporção”, “igualdade de valores” ou, pelo menos, “proporção justa entre as prestações”, pressupõe, ainda, noções de *proporcionalidade* e *razoabilidade*⁹⁵. Proporcionalidade, no sentido de que “o meio” escolhido pelos contratantes, ao realizar a contratação, se preste, adequadamente, ao fim e ao objeto do contrato. Razoabilidade, no sentido de que o contrato deve ser interpretado conforme à razão, ao equilíbrio e à harmonia⁹⁶.

⁹² São exemplos dessa presença a possibilidade de abatimento do preço, por vício da coisa ou evicção, e a própria *exceptio non adimpleti contractus*.

⁹³ A propósito, ler **Rodrigo Toscano de Brito**, *in* **Equivalência material dos contratos civis, empresariais e de consumo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 7-8.

⁹⁴ **Equivalência material dos contratos civis, empresariais e de consumo**, cit., p. 8.

⁹⁵ Nesse sentido, afirma **Teresa Negreiros**: “Com efeito, a noção de equilíbrio no contrato traz para o seio da teoria contratual a preocupação com o justo, entendido tal valor sob a ótica acima definida, isto é, o justo como sendo um critério paritário de distribuição de bens. Justo é o contrato cujas prestações de um e de outro contratante, supondo-se interdependentes, guardam entre si um nível razoável de proporcionalidade. Uma vez demonstrada a exagerada ou a excessiva discrepância entre as obrigações assumidas por cada contratante, fica configurada a injustiça daquele ajuste, exatamente na medida em que configurada está a inexistência de paridade” (**Teoria do contrato: novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002, p. 166-167).

⁹⁶ *Idem*, p. 12-13.

É com fundamento nestes princípios que **Rodrigo Toscano de Brito** propõe o seu conceito de equivalência material dos contratos, como sendo “aquele pelo qual se deve buscar e manter a justiça contratual, objetivamente considerada em todas as fases da contratação, independentemente da natureza do contrato, e sempre com base na eticidade, lealdade, socialidade, confiança, proporcionalidade e razoabilidade nas prestações”⁹⁷.

Portanto, o equilíbrio entre prestação e contraprestação não decorre da avaliação que as partes fazem a esse respeito (princípio subjetivo da equivalência), mas de critérios objetivos que evidenciam a justa proporção havida entre as prestações (segundo os princípios da eticidade, lealdade, socialidade, confiança, proporcionalidade e razoabilidade), levando-se em conta as consequências econômicas e sociais advindas do negócio celebrado (princípio objetivo da equivalência).

Ademais, a aferição da equivalência e do equilíbrio deve se dar mediante a análise do caso concreto e de todas as suas circunstâncias, desde a celebração até a ulterior execução do contrato. Ou seja, chamado a compor a lide, o magistrado deve medir, objetivamente, se as prestações contratadas são ou não indutoras de um real equilíbrio de direitos e obrigações, independentemente da fase contratual em que as partes se encontrem.

Justamente por englobar todas as etapas contratuais, o princípio de preservação da equivalência material dos contratos serve-se das consequências decorrentes, por exemplo, do estado de perigo e da lesão⁹⁸, quando do nascimento do contrato; daquelas decorrentes da onerosidade excessiva, do enriquecimento sem causa ou do abuso do direito, por ocasião da execução contratual; das consequências advindas da rescisão unilateral⁹⁹, no momento da

⁹⁷ **Equivalência material dos contratos civis, empresariais e de consumo**, cit., p. 29. No mesmo sentido, **Paulo Luiz Netto Lôbo** ensina: “o princípio da equivalência material busca realizar e preservar o equilíbrio real de direitos e deveres no contrato, antes, durante e após a sua execução, para harmonização de interesses” (**Princípios sociais dos contratos no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil**. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, n. 42, p. 192, abr./jun, 2002).

⁹⁸ Cumpre esclarecer que a fraude contra credores configura-se como vício social, e não de consentimento, uma vez que traz prejuízos a credores alheios à relação contratual. Por conseguinte, inaplicável a sua utilização como instrumento na busca do equilíbrio contratual.

⁹⁹ Vide o parágrafo único do art. 473 do Código Civil brasileiro (“Art. 473. A rescisão unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte. Parágrafo único. Se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeitos depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos”).

extinção do contrato; ou mesmo daquelas provenientes da responsabilidade pós-contratual, ou culpa *post pactum finitum*, já na fase posterior à conclusão do negócio¹⁰⁰.

O princípio da equivalência material dos contratos, bem se vê, é um legítimo representante da nova face social dos negócios jurídicos, que se importa não apenas com a manifestação da vontade livre e consciente dos contratantes, e com a condição social e econômica das partes, mas também com os efeitos dos contratos, na busca pelo equilíbrio contratual real¹⁰¹.

4.3. A FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS

Quando se fala em “função” tem-se, em geral, a noção de um poder de dar destino determinado a um objeto ou a uma relação jurídica, isto é, de vincular um e outra a certos objetivos. Ao se acrescentar à palavra “função” o adjetivo “social”, busca-se dizer mais: busca-se afirmar que esse objetivo ultrapassa o interesse do titular do direito, para revelar-se como de interesse coletivo¹⁰².

O movimento de *funcionalização dos direitos subjetivos*, assentado em sua relativização, teve **Louis Josserand** como o seu grande precursor¹⁰³.

Josserand, ainda no século XIX, identificou, no âmbito dos direitos individuais e em contraposição ao seu elemento subjetivo (direcionado à satisfação dos interesses pessoais do titular), o crescente florescer do elemento “objetivo social” desses direitos. Assim, se antes o

¹⁰⁰ Muito embora o Código Civil não se refira expressamente à fase pós-contratual, a doutrina é pacífica no sentido da importância que deve ser dada àquela fase, diante do que dispõe o artigo 422 de nosso *Codex*: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

¹⁰¹ **ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. Curso avançado de direito civil: contratos**. Volume 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 41. Ainda a propósito, e tomando por empréstimo os precisos dizeres de **Cláudio Luiz Bueno de Godoy**, o justo contratual representa “uma forma de substancial igualdade na formação e, ainda, no desenvolvimento da relação contratual, que se deve conservar imune (...) de extraordinárias alterações circunstanciais que a desequilibrem, assim desigualando as partes e, quiçá, escravizando uma delas ao ajuste, de que não poderá legitimamente se desvincular” (**Função Social do Contrato**, cit., p. 40).

¹⁰² **COMPARATO, Fábio Konder. Função social da propriedade dos bens de produção**. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. Vol. 63, p. 71-79, jul./set., 1986.

¹⁰³ Atento a esta lição de **Josserand**, afirma **Fernando Augusto Cunha de Sá**: “a relatividade dos direitos seria postulada, desde sempre, pela sua própria origem: produtos sociais, destinados a preencher uma missão social, sob pena de renegarem a própria filiação certa e invariável, que supõe um consentimento da comunidade social, quer expressamente emanado dos poderes públicos, como é a hipótese vulgar, quer retirado directa e instintivamente da consciência colectiva, que se torna ou permanece o seu próprio legislador”. E conclui: qualquer direito ou prerrogativa deve funcionalizar-se a um fim social, “pois estas prerrogativas não são sociais apenas pela sua origem e pela sua gênese, são-no ainda pelo fim para que tendem, pela sua finalidade” (**Abuso do direito**. Coimbra: Almedina, 1997, p. 409).

elemento subjetivo dos direitos individuais conduzia o seu exercício à satisfação dos interesses pessoais do titular, a evolução do elemento “objetivo social” impulsionou tal execução ao cumprimento dos interesses da sociedade¹⁰⁴.

É interessante notar, ainda a esse respeito, que esse movimento de relativização dos direitos subjetivos expandiu-se no mesmo instante em que se impunha – como ainda se impõe – um novo modelo de Estado: um Estado que não se limitasse a proteger o lícito e a reprimir o ilícito, mas a contribuir, afirmativamente, com a promoção e a distribuição da justiça social¹⁰⁵. No campo contratual isso significa, por exemplo, privilegiar direitos subjetivos indisponíveis ou irrenunciáveis, assim como direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, sempre que contrastados com direitos patrimoniais desprovidos de igual relevo social¹⁰⁶. Ou antes, conforme acentua **Rubén Stiglitz**, significa conceber e proteger direitos subjetivos contratuais somente enquanto instrumentos úteis a serviço do desenvolvimento social, desde que plantados sobre um campo de convivência substancialmente equilibrado e igual¹⁰⁷.

Essa igualdade substancial, expressão do solidarismo, revela a ideia de conferir igual dignidade social aos sujeitos de direito, mediante ponderada intervenção estatal com o fim de reduzir as desigualdades¹⁰⁸. **Claudio Luiz Bueno de Godoy** afirma que, na senda negocial, é o solidarismo social que garante que as contratações sejam justas, “marcadas pelo padrão e exigência de colaboração entre os contratantes”, além de “socialmente úteis, enquanto palco de prestígio das escolhas valorativas do sistema”¹⁰⁹.

¹⁰⁴ A esse propósito, dizia **Josserand**, “nos direitos individuais, ‘de espírito egoísta’, ao lado do elemento subjetivo que, a nosso ver, subsiste e subsistirá sempre, viu-se aparecer o elemento objectivo, social, que se desenvolve rapidamente e que, desde agora, *ocupa o primeiro lugar*” (p. 301), não tendo tais direitos, “de maneira alguma, a sua última razão de ser na satisfação dos interesses pessoais do titular, mas antes nos *interesses da sociedade* que liga o egoísmo individual ao seu próprio fim, que põe este egoísmo ao serviço das suas necessidades vitais, que vê aí um meio e não um fim” (pp. 391-392)” (**JOSSERAND, Louis, De l'esprit des droits et de leur relativité**, cit., p. 313, *apud* **ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, Do abuso de direito**, cit., p. 39.)

¹⁰⁵ Ler, a respeito, **GODOY, Claudio Luiz Bueno de, Função Social do Contrato**, cit., p. 116-117.

¹⁰⁶ **LISBOA, Roberto Senise. Manual elementar de direito civil. 2ª edição.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, volume 2, p. 72.

¹⁰⁷ *Autonomía de la voluntad y revisión del contrato*, in *Contratos: teoría general*. Buenos Aires: Depalma, 1993, volume 2, p. 275, *apud* **GODOY, Claudio Luiz Bueno de, Função Social do Contrato**, cit., p. 117.

¹⁰⁸ Para **Fábio Konder Comparato**, solidariedade social significa impor a todos “deveres positivos de colaboração (situação em que hoje devem ser colocados os contratantes, como já salientado)”, ou seja, significa dar “um sentido de interdependência à vida humana”. Essa interdependência, diz o Autor, se manifesta pela divisão orgânica de funções dentro da sociedade (que se complementam reciprocamente), e pela chamada justiça distributiva ou prestação de serviços sociais, de forma a se evitar ou ao menos aliviar a exclusão social e, com isso, preservar a dignidade humana (**A evolução histórica e os princípios fundamentais dos direitos humanos**, texto de apoio para palestra no Curso de Direitos Humanos, da Escola Paulista da Magistratura de São Paulo, outubro de 2000, p. 10-11 *apud* **GODOY, Claudio Luiz Bueno de, Função Social do Contrato**, cit., p. 129).

¹⁰⁹ **Função Social do Contrato**, cit., p. 132.

Pois bem. Foi com base nesse ideário que as constituições, de uma forma geral, passaram a, sistematicamente, disciplinar a ordem social e econômica, conferindo a tais institutos uma importante dimensão jurídica. No Brasil, a primeira Constituição a inscrever um título sobre a ordem econômica e social foi a Constituição de 1934, sob a influência da Constituição alemã de Weimar, fato que se seguiu nas constituições posteriores¹¹⁰.

Para fins de precedente distinção, enquanto a ordem econômica reúne um conjunto de disposições concernentes tanto aos direitos dos trabalhadores como à estrutura da economia e ao estatuto dos cidadãos, visando assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social¹¹¹ (observados os princípios indicados no artigo 170 da Constituição)¹¹², os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, “são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas

¹¹⁰ **SILVA, José Afonso da, Curso de Direito Constitucional Positivo**. 11ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 1996, p. 276.

¹¹¹ “Assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, não será tarefa fácil num sistema de base capitalista e, pois, essencialmente individualista. É que a justiça social só se realiza mediante equitativa distribuição da riqueza. Um regime de acumulação ou de concentração do capital e da renda nacional, que resulta da apropriação privada dos meios de produção, não propicia efetiva justiça social, com amplas camadas de população carente ao lado de minoria afortunada. A história mostra que a injustiça é inerente ao modo de produção capitalista, mormente do capitalismo periférico. Algumas providências constitucionais formam agora um conjunto de direitos sociais com mecanismos de concreção que devidamente utilizados podem tornar menos abstrata a promessa de justiça social. Esta é realmente uma determinante essencial que impõe e obriga que todas as demais regras da constituição econômica sejam entendidas e operadas em função dela. Um regime de justiça social será aquele em que cada um deve poder dispor dos meios materiais para viver confortavelmente segundo as exigências de sua natureza física, espiritual e política. Não aceita as profundas desigualdades, a pobreza absoluta e a miséria. O reconhecimento dos direitos sociais, como instrumentos de tutela dos menos favorecidos, não teve, até aqui, a eficácia necessária para reequilibrar a posição de inferioridade que lhes impede o efetivo exercício das liberdades garantidas. Assim, no sistema anterior, a promessa constitucional de realização da justiça social não se efetivara na prática. A Constituição de 1988 é ainda mais incisiva no conceber a ordem econômica sujeita aos ditames da justiça social para o fim de assegurar a todos existência digna. Dá a justiça social um conteúdo preciso. Preordena alguns princípios da ordem econômica – a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e pessoais e a busca do pleno emprego – que possibilitam a compreensão de que o capitalismo concebido há de humanizar-se (se é que isso seja possível). Traz, por outro lado, mecanismos na ordem social voltados à sua efetivação. Tudo depende da aplicação das normas constitucionais que contêm essas determinantes, esses princípios e esses mecanismos” (**SILVA, José Afonso da, Curso de Direito Constitucional Positivo**, cit., p. 721/722).

¹¹² “Não nos enganemos, contudo, com a retórica constitucional. A declaração de que a ordem econômica tem por fim assegurar a todos existência digna, só por si, não tem significado substancial, já que a análise dos princípios que informam essa mesma ordem não garante a efetividade daquele fim” (José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, cit., p. 720). Nesse mesmo sentido, **Josaphat Marinho** salienta que a ordem econômica, configurada na Constituição, prevê apenas algumas medidas e princípios que “poderão sistematizar o campo das atividades criadoras e lucrativas e reduzir desigualdades e anomalias diversas, na proporção em que as leis se converterem em instrumentos reais de correção das contradições de interesses privados. Mas desses princípios e medidas advêm soluções de transição, apenas moderadoras dos excessos do capitalismo. São fórmulas tecnocráticas e neocapitalistas, que não suprimem as bases da ordem econômica individualista, fundada no poder privado de domínio dos meios de produção e dos lucros respectivos” (“*A ordem econômica e social nas Constituições brasileiras*” RDP 19/59 apud **SILVA, José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo**, cit., p. 720).

constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais desiguais”. Isto é, os direitos sociais criam condições materiais mais propícias à obtenção da igualdade real e, conseqüentemente, ao exercício efetivo da cidadania.

Em certo sentido, portanto, os direitos econômicos constituem pressupostos da existência dos direitos sociais, pois, “sem uma política econômica orientada para a intervenção e participação estatal na economia, não se comporão as premissas necessárias ao surgimento de um regime democrático de conteúdo tutelar dos fracos e mais numerosos”¹¹³.

Foi justamente em homenagem ao ditame constitucional e, particularmente, ao propalado princípio da socialidade (um dos três princípios cardeais sobre os quais se assentam as disposições do *Codex* de 2002), que o Código Civil brasileiro estatuiu, em seu artigo 421: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Aliás, o legislador civilista fez mais. Para que dúvidas não pairassem acerca da natureza desse dispositivo, houve por bem logo e expressamente, no parágrafo único do artigo 2.035, alçá-lo à categoria dos preceitos de ordem pública.

Ruy Rosado de Aguiar Júnior, acerca do quanto disposto no artigo 421, afirma que “a autonomia privada fornece o suporte de fato sobre o qual incidirão as normas jurídicas, atribuindo-lhes os efeitos que lhe são próprios, não mais de acordo com a vontade, mas de acordo com os fins a que se propõe a ordem estatal”. Nesse sentido, prossegue **Aguiar Júnior**, “em vez de considerar-se a intenção das partes e a satisfação de seus interesses, o contrato deve ser visto como um instrumento de convívio social e de preservação dos interesses da coletividade, onde encontra *a sua razão de ser* e de onde extrai a sua força – pois o contrato pressupõe a ordem estatal para lhe dar eficácia”¹¹⁴.

Veja-se que, em estrita observância à literalidade do quanto disposto no artigo 421, o Ministro **Ruy Rosado de Aguiar Júnior** chega a desconsiderar a vontade e intenção das partes, para valorizar o convívio social e a preservação dos interesses da coletividade.

Não obstante a posição do referido Ministro do Superior Tribunal de Justiça, parte da comunidade jurídica manifestou grande preocupação com a redação do citado artigo, sobretudo por estabelecer que a liberdade contratual deve ser exercida *em razão* da função social do contrato, tal qual se o princípio constitucional da liberdade contratual estivesse totalmente

¹¹³ Idem. Ibidem.

¹¹⁴ **Projeto do Código Civil: as obrigações e os contratos**. RT, São Paulo, n. 755, p. 19, maio de 2000.

subjugado ao princípio da função social. Não por outra razão, chegou-se a propor, na Jornada de Direito Civil, promovida de 11 a 13 de setembro de 2002, um enunciado segundo o qual “a função social do contrato prevista no artigo 421 do novo Código Civil não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio, quando presentes estejam interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana”¹¹⁵.

Longe de afastar a óbvia função individual dos contratos e as garantias a ela inerentes (art. 5º, XXXVI e LIV da Constituição Federal), o princípio insculpido no artigo 421 do Código Civil brasileiro apenas impõe que os limites à liberdade de contratar se harmonizem com os mais amplos interesses da sociedade.

Nessa esteira, **Miguel Reale** se manifestou:

“Como se vê, a atribuição de função social ao contrato não vem impedir que as pessoas naturais ou jurídicas livremente o concluam, tendo em vista a realização dos mais diversos valores. O que se exige é apenas que o acordo de vontades não se verifique em detrimento da coletividade, mas represente um dos seus meios primordiais de afirmação e desenvolvimento”¹¹⁶.

É importante consignar, também, que a despeito da função social dos contratos se projetar, em primeiro lugar, entre as próprias partes contratantes, não se nega que a tanto não se restrinja o princípio, que também cumpre relevante papel “ultra partes”, espalhando efeitos sobre terceiros não integrantes da relação contratual (eficácia social dos contratos). Cuida-se, é verdade, de flagrante corte no elástico clássico de um dos mais tradicionais princípios do contrato, o de sua relatividade, segundo o qual o contrato não prejudica nem beneficia terceiros que lhe são alheios (o contrato é *res inter alios tertio nec nocet nec prodest*)¹¹⁷.

Em consonância com o princípio da socialidade, o contrato deixa de ser um assunto individual para tornar-se uma instituição social, impondo ao jurista, como observa **Antônio Junqueira de Azevedo**, “a proibição de ver o contrato como um átomo, algo que somente interessa às partes, desvinculado de tudo o mais”. Para **Junqueira**, o contrato passa a ter “importância para toda a sociedade”¹¹⁸.

¹¹⁵ No mesmo sentido, chegou-se a inserir, em proposta legislativa já de alteração do novo Código Civil, formulado pelo relator do projeto na Câmara, Deputado Ricardo Fiuza, posto que rejeitada, mais pela sua extensão que pelo seu conteúdo, sugestão de modificação na redação do art. 421, para suprimir a expressão “... em razão da...”, persistindo apenas a dicção de que “a liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato” (Projeto n. 6.960, de 12-6-2002).

¹¹⁶ **História do novo Código Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 268.

¹¹⁷ Ver, a respeito, **Claudio Luiz Bueno de Godoy**, in **Função Social do Contrato**, cit., p. 134-155.

¹¹⁸ O art. 170, *caput*, da Constituição da República, salienta o valor geral, para a ordem econômica, da livre iniciativa (**Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual**. RT, São Paulo, vol. 750, p. 113-120, abr. 1998, p. 116).

Giovanni Ettore Nanni, nessa mesma linha, reforça que os contratos, atualmente, cada vez mais interferem nas zonas de interesse de terceiros, espraiando os seus efeitos à comunidade, o que justifica sejam também protegidas as partes não contratantes, mediante a intervenção do Estado, sempre que os negócios celebrados deixem de encontrar fundamento no princípio da função social¹¹⁹.

Teresa Negreiros, a propósito, fornece rica classificação de *terceiros* que reputa possam ser *ofensores do ajuste*, e outros que considera possam ser *vítimas de contrato alheio*. Como exemplo deste último caso, cita a responsabilidade solidária, perante o *bystander*, dos integrantes da cadeia de produtores nas relações consumeristas; ou, no caso de redes de contratos (contratos coligados), a responsabilidade da financeira e da incorporadora, junto com a construtora, de entregar o imóvel financiado. Quanto a hipótese de terceiros ofensores do ajuste, alude a Autora à chamada *tutela externa do crédito*, isto é, à proteção do ajuste contra a violação que lhe possa impingir um terceiro não contratante (v. artigo 608 do Código Civil brasileiro)¹²⁰.

O próprio Código Civil de 2002 não se furtou ao influxo dessa nova compreensão da situação de um terceiro em face do contrato alheio. Assim é que, no caso de seguro obrigatório, malgrado em reiteração ao quanto já contido em legislação especial (Leis n. 6.194/74 e 8.441/92), o referido *Codex* permitiu direta postulação indenizatória pelo terceiro prejudicado (art. 788). Em idêntico sentido, lembra **Claudio Luiz Bueno de Aguiar**, o Código Civil permitiu, nos casos de evicção, a denúncia da lide, pelo evicto, não só dirigida contra o alienante direto como, também, contra qualquer dos anteriores (art. 456)¹²¹.

5. BIBLIOGRAFIA

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. **Do abuso de direito – Ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais**. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

ALVIM, Arruda. **A função social dos contratos no novo Código Civil**. Revista dos Tribunais. São Paulo, ano 92, v. 815, p. 11-31, set. 2003.

¹¹⁹ **A evolução do direito civil obrigacional: a concepção do direito civil constitucional e a transição da autonomia da vontade para a autonomia privada**, in Renan Lotufo (Coord.), Cadernos de direito civil constitucional. Curitiba: Editora Juruá, 2001, v. 2, p.186.

¹²⁰ **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002, p 230-259.

¹²¹ **Função Social do Contrato**, cit., p. 138.

ANTUNES VARELA, João de Matos. **Das obrigações em geral**. 10ª edição. Coimbra: Editora Almedina, 2000, volume 1.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de Azevedo. **Parecer jurídico: Natureza jurídica do contrato de consórcio. Classificação dos atos jurídicos quanto ao número de partes e quanto aos efeitos. Os contratos relacionais. A boa-fé nos contratos relacionais. Contratos de duração. Alteração das circunstâncias e onerosidade excessiva. Sinalagma e resolução contratual. Resolução parcial do contrato. Função social do contrato**. Revista dos Tribunais. Ano 94. Volume 832, fevereiro de 2005, p. 115-137.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de Azevedo. **Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual**. RT, São Paulo, vol. 750, p. 113-120, abr. 1998.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Néelson Coutinho. 9ª edição. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

BRITO, Rodrigo Toscano de. **Equivalência material dos contratos – civis, empresariais e de consumo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

CARPENA, Heloisa. **Abuso do Direito nos Contratos de Consumo**. Rio de Janeiro/São Paulo: Editora Renovar, 2001.

COMPARATO, Fábio Konder. **Função social da propriedade dos bens de produção**. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. Vol. 63, p. 71-79, jul./set., 1986.

COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo – reimpressão**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro**. *Ajuris*, v. 40.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil à luz do novo Código Civil Brasileiro**. 2ª edição, revista e atualizada. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003.

GARCEZ NETO, Martinho. **Temas Atuais de Direito Civil**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2000.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de, **Função Social do Contrato**. 2ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª edição, Revista, Atualizada e Aumentada de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª edição, atualizada de acordo como Código Civil de 2002, por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco de Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 1º Volume. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado – Superando a crise e renovando princípios, no início do vigésimo primeiro século, ao tempo da transição legislativa civil brasileira**. Revista do Advogado, Ano XXII, nº 68, São Paulo, Dezembro de 2002.

LAUTENSCHLÄGER, Milton Flávio de Almeida Camargo. **Abuso do Direito**. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

LAUTENSCHLÄGER, Milton Flávio de Almeida Camargo. **Ativismo Judicial Disfuncional nos Contratos**. São Paulo: Editora IASP, 2018.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual elementar de direito civil**. 2º Volume. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Princípios sociais dos contratos no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil**. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, nº 42, p. 187-195, abr./jun., 2002.

MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado: sistema e tópicos no processo obrigacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith. **Crise e modificação da idéia de contrato no direito brasileiro**. Revista de Direito Civil. São Paulo, v. 16, n. 59, p. 29, jan./mar. 1992.

MARTINS-COSTA, Judith. **O método da concreção e a interpretação dos contratos: primeiras notas de uma leitura suscitada pelo Código Civil**. In: NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os cinco anos do Código Civil. Estudos em homenagem ao Professor Renan Lotufo. São Paulo: Atlas, 2008.

MARTINS-COSTA, Judith. **Critérios para aplicação do princípio da boa-fé objetiva (com ênfase nas relações empresariais)**. In: Estudos de Direito Privado e Processual Civil: em

homenagem a Clóvis do Couto e Silva. Judith Martins-Costa e Véra Jacob de Fradera, organizadoras. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MARTINS-COSTA, Judith. **Cláusulas Gerais: um Ensaio de Qualificação**. *In*: Direito: teoria e experiência: estudos em homenagem a Eros Roberto Grau. Tomo II. José Augusto Fontoura Costa, José Maria Arruda de Andrade e Alexandra Mery Hansen Matsuo, organizadores. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

MIRANDA, Pontes de. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

NANNI, Giovanni Ettore. **A evolução do direito civil obrigacional: a concepção do direito civil constitucional e a transição da autonomia da vontade para a autonomia privada**, *in* Renan Lotufo (Coord.), Cadernos de direito civil constitucional. Curitiba: Editora Juruá, 2001, v. 2.

NASSER, Paulo Magalhães. **Onerosidade excessiva no contrato civil**. São Paulo: Saraiva, 2011.

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

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Editora Almedina, 1982.

REALE, Miguel. História do novo Código Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

REALE, Miguel. **Visão geral do Projeto de Código Civil**. RT, São Paulo, v. 752, p. 22-30, jun. 1998.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. **Curso avançado de direito civil: contratos**. Volume 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SÁ, Fernando Augusto Cunha de. **Abuso do direito**. Coimbra: Almedina, 1997.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 11^a edição. São Paulo: Editora Malheiros, 1996.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**, Rio de Janeiro, Renovar, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. **Notas sobre a função social do contrato**. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coords.). O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias

contemporâneas: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

WALD, Arnoldo. Um novo direito para a nova economia: a evolução dos contratos e o código civil *in* **O Direito Civil no Século XXI**, Coordenação de Maria Helena Diniz e Roberto Senise Lisboa, São Paulo, Editora Saraiva, 2003.