

A INTERSECCIONALIDADE DOS PRINCÍPIOS SOCIAIS DOS CONTRATOS

INTERSECTIONALITY OF THE SOCIAL PRINCIPLES OF CONTRACTS

David Accioly de Carvalho¹

Antonio Jorge Pereira Júnior²

RESUMO

O contrato constitui o tema central do presente trabalho que visa analisá-lo a partir de sua perspectiva principiológica. Para tanto, inicia-se com uma explanação acerca dos princípios clássicos do contrato, categoria consubstanciada pelos princípios da liberdade contratual, da força obrigatória dos contratos e da relatividade contratual, os quais são relacionados com o modelo liberal de Estado em que foram consagrados. Em seguida, apresenta-se a principiologia social dos contratos, representada por uma tríade axiomática, a saber: a função social dos contratos, a equivalência material e a boa-fé objetiva, que são postas como resultado da transição do Estado Liberal para o Estado Social. No decorrer da análise desta última categoria, busca-se colocar em evidência a existência de um aspecto em comum: a dimensão ética destes princípios.

PALAVRAS-CHAVE: Contratos. Princípios Clássicos. Princípios Sociais. Ética.

ABSTRACT

The contract composes the central theme of this work that purpose to analyze it from its principled perspective. Therefore, starts with an explanation about the classic principles of contract, category embodied by the principles of freedom of contract, the binding force of contracts and the principle of relativity of the effects of contracts, which are related to the model of Liberal State in which was established. Then, introduces the social principled of contracts, represented by an axiomatic triad, the social function of contracts, the principles of functional equivalence and good faith objectively, which are presented as a result of the transition from The Liberal State to the Social State. During the analysis of the latter category, seeks to show in evidence the existence of one thing in common, namely, the ethical dimension of these principles.

KEYWORDS: Contracts. Classical Principles. Social Principles. Ethics.

¹ Mestrando em Direito constitucional pela Universidade de Fortaleza- UNIFOR. Especialista em Direito Processual Civil e Bacharel em Direito pela mesma Instituição.

² Doutor (2006), Mestre (2002) e Bacharel (1997) em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - Largo de São Francisco (USP). Professor Adjunto do Programa de Pós Graduação em Direito da Unifor (Mestrado e Doutorado em Direito Constitucional). Avaliador do Ministério da Educação (SINAES). Membro do Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP), da Academia Paulista de Letras Jurídicas (APLJ), da International Academy for the Study of the Jurisprudence of the Family e da Academia Ibero Americana de Derecho de Familia. Membro da Comissão de Estudos Constitucionais da OAB-CE. Advogado regularmente inscrito na OAB/SP e OAB/CE. Vencedor do Prêmio Jabuti 2012 com o livro Direitos da Criança e do Adolescente em face da TV (São Paulo: Saraiva, 2012).

Considerações iniciais

Erigido a uma das categorias da ordem econômica constitucional, o contrato é instituto jurídico dos mais relevantes, constituindo expressiva modalidade de negócio jurídico, não sendo exagero afirmar que a vida mesma do homem em sociedade se desenvolve por meio dele, sendo pertinente a máxima *ubis societas, ibi negotium*, atribuída a Antonio Junqueira de Azevedo (ZANCHIM, 2008, p.259). Como assevera Paulo Lobo (2011, p.44), se a propriedade é tida como o seguimento estático da atividade econômica, o contrato é o seu segmento dinâmico, o que justifica o destaque que lhe foi dispensado.

Neste esforço inicial que se empreende para destacar a importância dos contratos, importa recordar que, segundo Miguel Reale (2000, p.179):

[...] a experiência jurídica não é disciplinada somente por normas legais ou leis, de caráter genérico, mas também por normas particulares e individualizadas. Entre as normas particulares, assim chamadas por só ligarem os participantes da relação jurídica, estão as normas negociais e, dentre estas, por sua fundamental importância, as normas contratuais, comumente denominadas cláusulas contratuais.

Nesse mesmo sentido, Orlando Gomes (2001, p.13) observa que Hans Kelsen, em obra intitulada *El contrato y el tratado*, anotou que o produto jurídico do contrato, ou seja, a consequência que lhe atribui o ordenamento jurídico, é a norma que ele cria, individual e concreta, porque não obriga a número indeterminado de indivíduos, nem se aplica a número indeterminado de casos, tal como sucede com a lei.

A relevância da matéria contratual, pois, é suficientemente forte em si mesma para justificar qualquer pesquisa acadêmica que a tome por referência. No entanto, cumpre destacar um fato que reforça a pertinência do trabalho científico ora proposto.

A hodierna concepção de contrato não se identifica com aquela que predominou por quase todo o século XX, a qual, por sua vez, difere da compreensão refletida na história da Idade Média ou da Antiguidade acerca dessa temática, o que se observa em razão da diferença dos valores priorizados pelas sociedades de cada época. Dito de outro modo, a concepção de contrato aperfeiçoou-se gradativamente ao longo dos anos, conforme os avanços registrados na história socioeconômica e política, sendo possível observar o reflexo dessa mutação, tanto no âmbito

legislativo, como no das políticas públicas de intervenção nas relações privadas, e mesmo na atividade jurisdicional.

Cumprindo com a conveniência científica que deve nortear o esforço intelectual acadêmico, opta-se aqui por realizar um corte histórico e geográfico. O presente estudo considerará o fenômeno contratual a partir do advento do Estado Liberal com enfoque na ordenação jurídica brasileiro. Dessa maneira, a partir dos parâmetros acima definidos, será realizada breve análise acerca da evolução da concepção jurídica dos contratos, o que será feito a partir dos princípios que lhes serviram de fundamento ao longo da história.

1 Os princípios clássicos dos contratos e sua relação com o modelo de Estado Liberal

O Estado Liberal clássico, predominante ao longo dos séculos XVIII e XIX, impulsionado em razão do desenvolvimento do comércio e da ascensão da classe burguesa, pode ser considerado fruto da queda do Estado absolutista e teve seus ideais refletidos na concepção dos contratos. Assim, a preconização de uma igualdade meramente formal, o individualismo, o acentuado -porém não absoluto- abstencionismo estatal, além do reconhecimento da propriedade privada, da livre iniciativa empresarial e uma cultura favorável a uma economia de mercado, marcaram fortemente a compreensão jurídica do contrato nesta fase.

A respeito, Paulo Lobo (2011, p.39) destaca o seguinte:

O Estado liberal significou a antítese do Estado absolutista, no qual as relações privadas, especialmente as atividades econômicas, dependiam da vontade e concessão do soberano político. As constituições liberais, notadamente a partir das revoluções americana e francesa, incorporaram o ideário liberal burguês triunfante da plenitude da autodeterminação individual o que significou o controle político do Estado, com sua ausência de controle da atividade econômica, para garantir a ilimitada liberdade contratual. A ausência de previsão constitucional, sobre a liberdade contratual, correspondia à concepção que passou a ser dominante de que “a mão invisível” do mercado daria conta do equilíbrio dos interesses privados, sem necessidade da interferência do Estado. Minimização do Estado e maximização da liberdade individual e contratual passaram a ser lugares-comuns. Todavia, como a experiência histórica demonstrou, assegurou-se a liberdade dos que efetivamente exerciam poderes negociais dominantes, submetendo na prática os demais contratantes a situações injustamente desvantajosas e abusivas. O poder negocial, como qualquer poder livre de controle social ou público, leva ao abuso.

A respeito das características do Estado Liberal, Fayga Bedê (2004, p. 36) explica:

Ainda sob o ponto de vista econômico, tem-se como nociva a ingerência exacerbada do Estado no domínio econômico, posto que contrária à natureza das coisas. Adam Smith deixa claro em sua obra épica “A riqueza das Nações” que não estava a postular uma “exclusividade” absoluta no tratamento das questões econômicas pelo poder privado, mas tão somente a sua “predominância”, posto que algum nível de intervenção estatal era tido como (um mal) necessário. [...] Em resumo, pode-se dizer que o Estado Liberal está, assim, assentado sobre (i) o princípio da limitação da intervenção estatal; (ii) a liberdade do indivíduo e (iii) a crença na superioridade da regulação espontânea da sociedade, cabendo ao Estado exercer tão somente o papel de um protetor de direitos que se vale do monopólio dos meios de violência física (exército e polícia) e do poder jurídico (direito e justiça). [...] uma vez que pressupõe a igualdade entre os indivíduos disto decorre, logicamente, a desnecessidade de se chamar o Estado a intervir nas relações entre particulares.

A atuação do Estado nas relações econômicas privadas se dava, pois, de modo limitado. O papel do Estado, no que pertine à regulação das relações sociais por meio do Direito, traduzia-se na criação de condições mínimas e essenciais ao exercício pleno da liberdade econômica, que encontrava limites, porém, no exercício da liberdade dos outros.

Dentre os princípios que nortearam as relações contratuais no momento histórico de predomínio do Estado Liberal, destacam-se três: a liberdade contratual; a força obrigatória dos contratos e relatividade dos efeitos dos contratos, os quais serão analisados adiante.

1.1 Autonomia da vontade, autonomia privada, liberdade contratual e outras definições correlatas: delimitações necessárias.

Para discorrer acerca do princípio da liberdade contratual, faz-se mister, antes, tecer comentários acerca de questões que com ele guardam estreita relação. Ao abordar o aspecto volitivo do contrato, é dizer, daquele que respeita à vontade dos sujeitos contratantes, a doutrina não apresenta conceitos bem definidos e tampouco harmônicos, sendo evidente, para o estudioso atento, a discrepância existente entre as diversas definições, que, em determinados casos, chega ao nível de perfeita oposição. Nesse sentido, relativamente ao aspecto volitivo do fenômeno contratual mencionado linhas atrás, torna-se necessário realizar um esforço cognitivo-delimitativo em torno dos conceitos adiante mencionados.

a) Autonomia da vontade

Realizando-se uma análise etimológica, observa-se que autonomia é expressão de origem grega, equivalente à *αὐτονομία*, formada por *αὐτος*, que significa próprio ou si mesmo, e

vόμος que significa lei, norma ou regra, podendo ser traduzida, assim, como *norma própria derivada da vontade*. Assim, se se observar o rigor terminológico, a expressão *autonomia da vontade* deve ser relacionada à criação de normas particulares pelos indivíduos para a tutela de seus interesses privados, assumindo, pois, uma abrangência mais restrita, não alcançando todas as esferas da liberdade humana.

Contudo, tal percepção não condiz com o entendimento de grande parte dos doutrinadores. Invariavelmente estes conferem à autonomia da vontade sentido mais amplo do que aquele proposto por sua terminologia o que, a rigor, não se traduz em atecnia, refletindo tão somente uma opção de compreensão. Nesse sentido, Clóvis do Couto e Silva (2007, p. 24), em sua tese de livre-docência pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, originalmente apresentada em 1964, confere à autonomia da vontade, sentido lato, enxergando nela a essência mesma da formação de toda a ordem privada, conforme se depreende do trecho abaixo destacado:

Entende-se por autonomia da vontade a *facultas*, a possibilidade, embora não ilimitada, que possuem os particulares para resolver seus conflitos de interesses, criar associações, efetuar o escambo dos bens e dinamizar, enfim, a vida em sociedade. Para a realização desses objetivos, as pessoas vinculam-se, e vinculam-se juridicamente, através de sua vontade. [...] No Estado liberal, com a nítida separação entre o Estado e a sociedade, assumiu extraordinário relevo a autonomia dos particulares, sendo-lhes deferida quase totalmente a formação da ordem privada. [...].

Não obstante a discussão que se possa travar em torno do conteúdo da autonomia da vontade, o fato é que para a Ciência Jurídica, trata-se de princípio essencial, sendo pertinente destacar a compreensão de Miguel Reale (2000, p.179), para quem:

Reconhece-se, em última análise, como uma conquista impostergável da civilização o que, técnica e tradicionalmente, se denomina autonomia da vontade, isto é, o poder que tem cada homem de ser, de agir e de omitir-se nos limites das leis em vigor, tendo por fim alcançar algo de seu interesse e que, situado no âmbito da relação jurídica, se denomina bem jurídico.

A autonomia da vontade possui, assim, segundo a doutrina de Reale, tripla dimensão, na medida em que se refere ao poder do indivíduo de *ser, agir e não agir*, valendo destacar o caráter relativo dessa questão, uma vez limitada a um dado ordenamento jurídico vigente.

b) Autonomia Privada

Não obstante parte da doutrina faça coincidir a expressão autonomia privada com aquela de que se ocupou no tópico anterior, não adentrando no mérito da questão da distinção existente entre ambas, o fato é que se pode realizar tal diferenciação, conforme abordagem adiante formulada.

Em obra intitulada *L'autonomia privata*, Luigi Ferri, demonstrando salutar lucidez acadêmica, propôs distinção em torno dos conceitos de autonomia privada e autonomia da vontade. A respeito dessa distinção, Rosa Maria de Andrade Nery (2008, p.238) leciona que, a partir da visão do autor:

[...] a ideia de autonomia da vontade liga-se à vontade real ou psicológica dos sujeitos, no exercício pleno da liberdade própria de sua dignidade humana, que é a liberdade de agir, ou seja, a raiz ou a causa de efeitos jurídicos. Respeita, portanto, à relação entre vontade e declaração e é um desdobramento da dignidade da pessoa humana, porque destaca a liberdade de agir da pessoa, sujeito de direito. [...] A autonomia privada é outra coisa. É princípio específico de direito privado. Situa-se em outro plano, ligada à ideia de poder o sujeito de direito criar normas jurídicas particulares que regerão seus atos. Na tradição do direito privado, a autonomia privada exterioriza-se pelo negócio jurídico como declaração do interesse privado dirigida a um fim protegido pelo ordenamento jurídico. [...] como fonte normativa, é fenômeno que permite que o sujeito celebre negócios jurídicos (principalmente negócios jurídicos bilaterais, ou seja, contratos), que são extraordinários mecanismos de realização do direito, na medida em que o negócio jurídico é um modo de manifestação de normas jurídicas (ainda que particulares). A autonomia privada desafia, por isso, o verso e o reverso de uma mesma medalha: é a um só tempo a confirmação da evidência de um espaço jurídico livre da ingerência do Estado, destinado à normatividade particular; de outro lado, em sentido contrário, é a constatação da existência de reserva de um espaço de incidência apenas de normas cogentes, exclusivo do poder, vetado à liberdade negocial.

A concepção de autonomia privada, impõe-se observar, não é estanque, devendo ser compreendida num dado contexto histórico e político, cf. assevera Pietro Perlingieri (1999, p.17), segundo o qual: “a autonomia privada pode ser determinada não em abstrato, mas em relação ao específico ordenamento jurídico no qual é estudada e à experiência histórica que, de várias formas, coloca a sua exigência”. Para o autor citado (1999, p.17), a autonomia privada significa: “[...] poder, reconhecido ou concebido pelo ordenamento estatal a um indivíduo ou a um grupo, de determinar vicissitudes jurídicas, como consequência de comportamentos – em qualquer medida – livremente assumidos”. Assim, a liberdade de definir normas privadas para a regulamentação de dada relação jurídica seria apenas um aspecto da autonomia privada, que possuiria, assim, amplitude maior.

Outros autores, à semelhança de Ana Prata (1982, p.11), restringem a amplitude do conceito de autonomia privada, compreendendo-a como sinônima de liberdade negocial. Nas palavras da autora:

Autonomia privada ou liberdade negocial traduz-se pois no poder reconhecido pela ordem jurídica ao homem, prévia e necessariamente qualificado como sujeito jurídico, de juridicizar a sua atividade (designadamente, a sua atividade econômica), realizando livremente negócios jurídicos e determinando os respectivos efeitos.

No entanto, referida autora distingue autonomia privada de liberdade jurídica privada, compreendendo, esta, como um fenómeno mais amplo: “autonomia privada não abarca toda a liberdade humana, refletindo apenas a liberdade negocial que é um aspecto da liberdade jurídica privada, ou seja, abrange somente situações que expressem conteúdo patrimonial” (PRATA, 1982, p.13). Dessa maneira, na visão da autora, a autonomia privada seria uma categoria ou um aspecto, se assim se preferir, daquilo que convencionou chamar de liberdade jurídica privada.

Superada a etapa de delimitação conceitual proposta, será abordado a seguir o princípio da liberdade contratual, o qual é apresentado como uma especificação dos temas anteriormente abordados.

1.2 A liberdade contratual

José Antônio Pimenta Bueno, apontado por Eros Roberto Grau (2012, p.18) como o primeiro constitucionalista brasileiro, defendeu em sua época que:

Inibir ou empecer direta ou indiretamente esta faculdade, o livre direito de contratar, é não só menosprezar essa liberdade, mas atacar simultaneamente o direito que o homem tem de dispor de seus meios e recursos como de sua propriedade... Os contratos devem ser entregues à vontade das partes, essa é a sua verdadeira lei, a razão de sua existência e o princípio e regra de sua interpretação.

Segundo esse princípio, podem as partes optar por contratar ou não, elegendo um parceiro e definindo livremente o seu conteúdo. Por tal razão, a liberdade contratual pode ser desmembrada em: *i*) liberdade de contratar propriamente dita; *ii*) liberdade de escolher com quem contratar e *iii*) liberdade de estabelecer o conteúdo do contrato, liberdades essas todas exercidas com vistas a uma finalidade, a saber, a disposição da propriedade privada que, no dizer de Vera Helena de Mello Franco, constitui o fundamento mesmo da autonomia privada (2011, p. 44).

Kleber Luiz Zanchim (2008, p. 254), tecendo comentários a respeito do tema, coloca a liberdade como o primeiro valor de cunho individual dos contratos, os quais são dotados desse valor porque pressupõem a possibilidade de um sujeito integrar, por livre vontade, relações obrigacionais.

Orlando Gomes (2001, p.22) expressa o entendimento de que a liberdade contratual é, em verdade, uma particularidade daquela autonomia da vontade de que se falou anteriormente, significando *o poder dos indivíduos de suscitar, mediante declaração de vontade, efeitos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica*.

A liberdade de contratar abrange, segundo o autor citado, os poderes de autorregência de interesses, de livre discussão das condições contratuais e, por fim, de escolha do tipo de contrato conveniente à atuação da vontade.

É unânime a doutrina em reconhecer que a liberdade contratual nunca foi exercida de modo absoluto, encontrando limites assim na lei, como nos costumes, na Moral e na ordem pública, de tal modo que, quando se afirmou que foi característica do Estado Liberal o menor grau de intervenção nas relações econômicas não se disse, por óbvio, que tal intervenção seja nula. Assim, mesmo no período liberal, o Estado interveio nas relações contratuais.

Nesse sentido, Eros Roberto Grau (2012, p. 21) leciona que “ainda ao tempo do liberalismo o Estado era, seguidas vezes, sempre no interesse do capital, chamado a intervir na economia”. Orlando Gomes (2001, p.24), por sua vez, observa que duas limitações de caráter geral sempre confinaram-na: a ordem pública e os bons costumes, o que faz sob a inspiração de Henri de Page, para quem as limitações à liberdade de contratar inspiram-se em razão de utilidade social.

Clóvis do Couto e Silva (2007, p.25), inclusive, afirma a respeito:

É evidente, em nossos dias, que a autonomia da vontade não se designa o poder de criar efeitos jurídicos, baseado somente na vontade de uma ou mais partes, fora de toda habilitação jurídica. [...] Sobre a faculdade dispositiva das partes, existe o ordenamento jurídico, o qual, mediante a incidência da norma, confere efeitos aos atos dos particulares. Com relação à faculdade de regramento que possuem os indivíduos, a função do ordenamento jurídico é meramente negativa e limitadora, competindo às partes constituir e determinar o conteúdo do negócio jurídico.

Observa-se, no âmbito do ordenamento jurídico pátrio que, mesmo o Código Civil Brasileiro de 1916, legislação inspirada nos ideais liberais, além de exigir certos requisitos para a validade do ato jurídico, a saber, a capacidade do agente, objeto idôneo e forma prescrita ou não defesa em lei, estabelecia no Capítulo II de seu Livro III as consequências dos defeitos dos atos jurídicos, reputando-os anuláveis quando eivados de vícios como o erro, o dolo, a coação, a fraude contra credores e a simulação. Ademais, destinou o Título IV a uma teoria geral dos contratos e o seguinte aos contratos em espécie, sendo evidente as limitações impostas à liberdade contratual. Essas asserções permitem vislumbrar, desde o começo do presente estudo, a presença de princípios de origem ética a condicionar e limitar o poder jurídico de negociar. Não poderia ser diferente, uma vez que o direito é um poder de natureza ética, não redutível a instrumento para exercício arbitrário de poder econômico.

1.3 A força obrigatória dos contratos

Uma vez pactuado livremente, as partes estão adstritas ao cumprimento do contrato. Essa é uma consequência lógica que deriva da natureza normativa do contrato e sem a qual este perderia completamente o sentido. Tal princípio, pois, “consubstancia-se na regra de que o contrato é lei entre as partes. Celebrado que seja, com observância de todos pressupostos e requisitos necessários à sua validade, deve ser executado pelas partes como se suas cláusulas fossem preceitos legais imperativos” (GOMES, 2001, p. 36).

Consequentemente, à luz do princípio em questão, os contratos são imodificáveis, irretocáveis, por assim dizer, não admitindo que as partes de forma unilateral, ou o juiz, a pedido destas, alterarem a vontade inicial, comprometendo-a, raciocínio que se impõe em homenagem à ideia de segurança do comércio jurídico.

Quando estudado em conjunto com a liberdade contratual e temas correlatos, anteriormente abordados, a força obrigatória dos contratos, consagrada na expressão *pacta sunt servanda*, assume caráter instrumental e derivado, podendo ser compreendida como um desdobramento da autonomia da vontade a cuja preservação se destina. Inclusive, Orlando Gomes (2001, p.36), ao abordar a questão, assevera: “justifica-se, ademais, como decorrência do próprio princípio da autonomia da vontade, uma vez que a possibilidade de intervenção do juiz na economia do contrato atingiria o poder de obrigar-se, ferindo a liberdade de contratar”.

1.4 A relatividade dos efeitos dos contratos

Como sugere seu enunciado, o princípio em questão dimensiona a amplitude dos efeitos contratuais, estabelecendo limites subjetivos, relativos aos sujeitos contratantes, e objetivos, referidos ao objeto contratado.

Tal princípio está relacionado à ideia de que, de rigor, os contratos geram efeitos somente sobre o objeto pactuado e em relação às partes contratantes, motivo pelo qual se diz que sua oponibilidade não é absoluta ou *erga omnes*, mas, tão somente, relativa.

De fato, segundo a Teoria Geral do Direito Obrigacional, uma das características das obrigações é sua relatividade, no sentido de que o seu cumprimento somente pode ser exigido do devedor, diferentemente do que ocorre com as obrigações reais, cuja oponibilidade é absoluta. Dessa forma, os efeitos internos do contrato, desde uma perspectiva estritamente jurídica, não aproveitam ou prejudicam os interesses de terceiros, segundo a máxima *res inter alios acta, aliis neque nocet neque prodest*, podendo-se concluir, com Orlando Gomes (2001, p.43), que “[...] os efeitos internos, isto é, os direitos e obrigações dos contratantes, a eles se limitam, reduzem-se, circunscrevem-se”, não sendo possível “[...] criar, mediante contrato, direitos e obrigações para outrem”.

Convém observar, por fim, que conforme foi assinalado inicialmente, o presente princípio incide, igualmente, sobre o aspecto objetivo da relação contratual, de tal modo que os efeitos do contrato respeitam rigorosamente aquilo que compõe sua prestação, não atingindo objetos diversos daquele contratado.

2 A transição para o Estado Social e os reflexos na concepção jurídica de contrato

O abstencionismo do Estado em relação à atividade econômica privada, ideal do Liberalismo Econômico, se por um lado permitiu criatividade e desenvolvimento econômico, por outro facilitou a prática de abusos por parte da minoria detentora do capital, nem sempre afeita a práticas econômicas socialmente sustentáveis. O acúmulo de desordens neste último sentido

colaborou para a eclosão de crises que ultrapassaram a estrita esfera econômica dos Estados que adotaram esse modelo, para atingir igualmente o aspecto político e social.

A ideia de um mercado regulado espontaneamente por leis particulares e alheio a qualquer tipo de intromissão estatal, mostrou-se falaciosa, não produzindo os efeitos virtuosos de crescimento e expansão previstos por seus defensores. Nesse sentido esclarece Fayga Bedê (2004, p.39):

Sucede que o modelo auto-regulatório de Smith (livre jogo de forças, capaz de por si só proporcionar o equilíbrio de mercado) e a Lei de Say, tributária de uma harmonia “natural” entre a oferta e a procura (“tudo o que se produz gera o seu consumo”), começaram a dar sinais de esgotamento, à medida em que se evidenciavam as contradições iminentes ao sistema capitalista. Quando sobreveio a crise de superprodução, o modelo postulado pelos pensadores liberais revelou-se incapaz de oferecer uma resposta adequada, vindo a desvanecer-se diante da realidade dos fatos que se configuraram com o crack da Bolsa. Esta quebra, datada de 1929, veio a deflagrar a grande depressão de 1930, revelando o quão falaciosa se mostrara a retórica de divinização do mercado enquanto gerador infinito de riquezas e regulador do equilíbrio.

Após a II Grande Guerra, verificou-se um clamor, notadamente entre os países que vivenciaram seus horrores, pela reestruturação da economia e dos ordenamentos jurídicos com base em valores diametralmente opostos àqueles pregados pelo Liberalismo.

O individualismo foi paulatinamente substituído pelo solidarismo, o patrimonialismo pelo reconhecimento da primazia da condição humana e assim foi que se assistiu à promulgação de constituições intervencionistas, consagradoras dos direitos fundamentais de segunda dimensão ou geração (direitos sociais, econômicos e culturais), à semelhança daquelas promulgadas pelo México em 1917 e pela Alemanha em 1919, esta mais conhecida como a Constituição de Weimar. Tais Constituições traduziram os ideais de um Estado-Garantia, chamado a desempenhar papéis nos campos econômico e social, notadamente com vistas à reestruturação social, mediante a realização e a promoção do bem-estar da sociedade como um todo, motivo porque também foi definido como Estado-Providência.

Na Brasil, de modo mais ou menos retardado, o advento do Estado Social, segundo a doutrina, coincidiu com a promulgação da Constituição Federal de 1934, alcançando o seu apogeu com a promulgação da Constituição de 1988.

A respeito dessa questão, Paulo Lobo (2011, p. 42) esclarece que:

O Estado não é mais apenas o garantidor da liberdade e da autonomia contratual dos indivíduos; vai além, intervindo profundamente nas relações contratuais, ultrapassando os limites da justiça comutativa para promover, não apenas a justiça distributiva, mas também a justiça social. Diferentemente da justiça comutativa (dar a cada um o que é seu, considerando cada um como igual – transportando-se para o contrato o princípio da igualdade formal) e da justiça distributiva (dar a cada um o que é seu – considerando a desigualdade de cada um – no plano contratual, atribuindo mais tutela jurídica ao contratante que o direito presume vulnerável, a exemplo do trabalhador, do inquilino, do consumidor, do aderente), a justiça social implica transformação, promoção, mudança, segundo o preciso estalão constitucional: “reduzir as desigualdades sociais” (arts. 3º, III, e 170, VII, da Constituição Brasileira).

Nesse contexto de novos valores, os limites da atuação dos indivíduos nas relações privadas foram revistos e outros princípios contratuais foram afirmados. Tais princípios, por relativizarem aqueles ideais preconizados pelo Estado Liberal, passaram a definir uma categoria específica de princípios, a saber, os princípios sociais do Direito Contratual.

Essa temática refletiu fortemente na Codificação Civil vigente, valendo destacar a observação feita por Miguel Reale a esse respeito na Exposição de Motivos do Código Civil Brasileiro:

[...] firme consciência ética da realidade sócio-econômica norteia a revisão das regras gerais sobre a formação dos contratos e a garantia de sua execução equitativa, bem como as regras sobre resolução dos negócios jurídicos em virtude de onerosidade excessiva, às quais vários dispositivos expressamente se reportam, dando a medida do propósito de conferir aos contratos estrutura e finalidade sociais. É um dos tantos exemplos de atendimento da “socialidade” do Direito.

Não se afirme, porém, que a principiologia social de que se ocupará a partir deste instante promova a revogação daquela que se pode denominar de principiologia clássica. Em outro texto de igual relevância, em que tece comentários acerca da moderna principiologia social dos contratos, Paulo Lobo (*online*) assevera:

Os princípios sociais do contrato não eliminam os princípios liberais (ou que predominaram no Estado liberal), a saber, o princípio da autonomia privada (ou da liberdade contratual em seu tríplice aspecto, como liberdades de escolher o tipo contratual, de escolher o outro contratante e de escolher o conteúdo do contrato), o princípio de *pacta sunt servanda* (ou da obrigatoriedade gerada por manifestações de vontades livres, reconhecida e atribuída pelo direito) e o princípio da eficácia relativa apenas às partes do contrato (ou da relatividade subjetiva); mas limitaram, profundamente, seu alcance e seu conteúdo.

Assim destacam-se como princípios sociais do Direito Contratual: a) a Função Social dos Contratos; b) a Equivalência Material; e c) a Boa-fé Objetiva, os quais serão abordados adiante, após prévia exposição de dois fenômenos relevantes e pertinentes ao tema, quais sejam, a

repersonalização do Direito Civil e a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas, fenômenos estes que são considerados determinantes para a exposição do último tópico do presente trabalho.

2.1 A repersonalização ou a despatrimonialização do Direito Civil.

O tema sugerido para este tópico evidencia em sua composição terminológica a prevalência dos valores relativos à dimensão da pessoa humana sobre aqueles de ordem puramente patrimonial, refletindo, assim, uma mudança valorativa em todo o sistema jurídico.

Sobre a despatrimonialização, Pietro Perlingieri (1999, p. 33) explica que:

Com o termo, [...] individua-se uma tendência normativo cultural; se evidencia que no ordenamento se operou uma opção, que, lentamente, se vai concretizando, entre o personalismo (superação do individualismo) e patrimonialismo (superação da patrimonialidade fim a si mesma, do produtivismo, antes, e do consumismo, depois, como valores). Com isso não se projeta a expulsão e a “redução” quantitativa do conteúdo patrimonial no sistema jurídico e naquele civilístico em especial; o momento econômico, como aspecto da realidade social organizada, não é eliminável.

Portanto, a repersonalização do Direito Civil não induz ao abandono completo das questões econômicas ou patrimoniais das relações jurídicas, não significando a antítese perfeita do patrimonialismo. A despatrimonialização do Direito Civil propõe tão somente uma releitura dos clássicos institutos patrimoniais – dentre estes os contratos – a partir de novos axiomas, ou valores existenciais.

Seguindo essa tendência, autores como Rosa Maria de Andrade Nery (2008, p. 234), incluem a dignidade da pessoa humana como um princípio do Direito Privado, partindo da “consideração primordial e fundamental de que o homem é sujeito de direito, e nunca objeto de direito”. Para a autora, o reconhecimento da dignidade da pessoa humana como princípio da ordem jurídica é “o mais importante consideração jusfilosófica do conhecimento científico do direito. É o fundamento axiológico do direito” (NERY, 2008, p. 234), na medida em que coloca o homem como princípio e razão de todo o direito, a marca do valor fundamental de justiça.

No entanto, adverte a mesma autora (NERY, 2008, p.237):

Parece que o princípio da dignidade humana é algo que paira nas bocas e nos gestos como um ideário a ser cumprido pelas entidades de caridade, pelo Estado, pelas ONG, ou

como está na moda dizer, pelo terceiro setor; ou seja: parece que apenas sobre os ombros dessas entidades deve recair o ônus de enfrentar essas mazelas marginais da sociedade.

De fato, o reconhecimento meramente retórico da prevalência dos valores existenciais sobre os patrimoniais equivale a majestosa sinfonia que não chega a ser executada pela orquestra e que frustra, por isso, a expectativa de todos. Conforme assevera Pietro Perlingieri (1999, p. 34):

Não é suficiente, portanto, insistir na afirmação da importância dos “interesses da personalidade no direito privado”; é preciso predispor-se a reconstruir o Direito Civil não como uma redução ou um aumento de tutela das situações patrimoniais, mas com uma tutela qualitativamente diversa.

Contudo, no que respeita à pátria brasileira, é possível afirmar que, cada vez mais, assim a legislação como a jurisprudência vêm conferindo maior eficácia ao princípio da dignidade humana, embora não se possa dizer que sua real dimensão encontre-se perfeitamente assimilada, porquanto debates fervorosos e acirrados ainda são frequentes na comunidade jurídica.

No entanto, o certo é que a despatrimonialização do Direito Civil é “uma escolha de política legislativa de alcance histórico. Um caminho ‘difícil’, mas ‘possível’, sobre o qual as convergências não devem ser só teóricas” (PERLINGIERI, 1999, p. 66).

2.2 A aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas

Outro tema diretamente relacionado aos princípios sociais que serão abordados adiante, diz respeito à eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, fenômeno igualmente denominado de *eficácia horizontal*, *horizontalização dos direitos fundamentais*, *eficácia dos direitos fundamentais em relação a terceiros* ou, ainda, *eficácia privada* ou *externa dos direitos fundamentais*.

Originada na Alemanha em meados do século passado com o título *Drittwirkung*, cuja tradução literal é “eficácia perante terceiros”, essa teoria reflete a ideia da incidência das normas protetivas dos direitos fundamentais numa perspectiva distinta daquela originalmente idealizada na Teoria dos Direitos Fundamentais que, como é sabido, considerou, em sua configuração primitiva, a relação jurídica existente entre o Estado e os cidadãos, relação estruturada em perspectiva vertical pela doutrina, levando em consideração o poder exercido por aquele sobre os últimos.

Se é certo que há um consenso na doutrina quanto à existência da questão aqui discutida, ou seja, em relação ao reconhecimento da aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre privados, deve-se registrar a divergência que existe quanto ao modo como os efeitos da *drittwirkung* se operam.

A respeito disso, podem ser destacadas duas teses elementares, a saber: a da eficácia indireta e mediata dos direitos fundamentais, mediante atuação do legislador infraconstitucional e da atribuição de sentido às cláusulas abertas pelo Poder Judiciário; e a da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais, mediante um critério de ponderação entre os princípios constitucionais da livre iniciativa e da autonomia privada, de um lado, e o direito fundamental em jogo, do outro.

O tema propicia discussões profundas, mas que não constituem a essência do presente trabalho, motivo pelo qual não serão enfrentadas. No entanto, as informações que foram apresentadas até o momento acerca da *drittwirkung* permitem concluir que a autonomia privada sofre atualmente restrições impostas por normas de proteção dos direitos fundamentais, além daquelas mencionadas anteriormente, fato que atesta, uma vez mais, o seu caráter não absoluto.

Essa constatação é relevante para o desenvolvimento do raciocínio proposto para este trabalho, na medida em que justifica a flexibilização ou a mitigação da principiologia contratual clássica de que se ocupou anteriormente.

Assim, a partir dessa constatação, retoma-se a questão específica da tríade principiológica contratual inicialmente mencionada, composta pelos princípios da função social dos contratos, da equivalência material e da boa-fé objetiva.

2.3 O Princípio da Função Social dos Contratos

Desde que o contrato é mecanismo ou instrumento de circulação de riquezas, leia-se propriedade, e desde que se reconhece, notadamente em nível constitucional³, a função social desta, forçoso é concluir a conexão da função social de ambos institutos.

³ Faz-se, aqui, alusão a função social da propriedade, inserta nos dispositivos constitucionais seguintes:

De fato, como assevera Rosa Maria de Andrade Nery (2008, p. 249):

Já não é mais possível preservar a ideia de que o contrato opera efeitos apenas entre as partes que o celebraram. Há na compreensão moderna do contrato, bem como empresa que opera o mercado e da propriedade privada, um sentido funcional de promoção social que ultrapassa os limites da funcionalidade do ato e do negócio, como mera experiência particular de um sujeito. [...] É por isso que o contrato, expressão jurídica máxima da liberdade contratual, deve ser estudado não apenas sob o ponto de vista de sua base subjetiva, ou seja, da manifestação da liberdade negocial das partes, mas também, e principalmente, sob o ponto de vista de sua base objetiva e, por que não dizer, de sua função social.

Assim, todos os princípios clássicos restam mitigados pelo princípio ora apreciado. Impõe-se uma releitura a partir não mais do prisma individual, limitado aos interesses estritos das partes contratantes, mas a partir de outro que leva em consideração os efeitos provocados pelo contrato na sociedade em que inseridos os sujeitos contratantes.

Na síntese de Gustavo Tepedino, constante do artigo intitulado *Notas sobre a Função Social dos Contratos*:

A rigor, a função social do contrato deve ser entendida como princípio que, informado pelos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), do valor social da livre iniciativa (art. 1º, IV) – fundamentos da República – e da igualdade substancial (art. 3º, III) e da solidariedade social (art. 3º, I) – objetivos da República – impõe às partes o dever de perseguir, ao lado de seus interesses individuais, a interesses extracontratuais socialmente relevantes, dignos de tutela jurídica, que se relacionam com o contrato ou são por ele atingidos. [...] Se assim é, nos termos do art. 421 do Código Civil, toda situação jurídica patrimonial, integrada a uma relação contratual, deve ser considerada originariamente justificada e estruturada em razão de sua função social. Como ocorrido em relação à propriedade, opera-se a transformação qualitativa do contrato, que passa a consubstanciar instrumento para a concretização das finalidades constitucionais. Em definitivo, a função social – elemento interno do contrato – impõe aos contratantes a obrigação de perseguir, ao lado de seus interesses privados, interesses extracontratuais socialmente relevantes, assim considerados pelo legislador constitucional, sob pena de não merecimento de tutela do exercício da liberdade de contratar.

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

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

[...]

II - propriedade privada;

Essa é uma constatação fundamental. Os sujeitos contratantes estão inseridos em dada sociedade, é dizer, relacionam-se com inestimável número de pessoas que sofrem de modo mais ou menos intenso, os efeitos dos negócios jurídicos firmados por aqueles.

Outra não é a opinião de Vera Helena de Mello Franco (2011, p.109), para quem, quando se tem em vista a função social dos contratos, “vê-se que interessa ao direito não somente seus efeitos no âmbito das relações entre as partes, mas, igualmente seus reflexos sobre a sociedade”.

Outra constatação essencial é a de que os contratos, mais do que servirem de instrumento para a circulação de bens e serviços no mercado, constituem o principal mecanismo de crescimento e desenvolvimento social, na medida em que, a partir deles, inúmeros empreendimentos são idealizados e normatizados de modo particular, fato que justifica a superação daquela compreensão determinada pelo pensamento liberal.

Por essa razão é que o legislador do Código Civil Brasileiro de 2002, atento a essa questão, optou por positivizar o princípio da função social dos contratos, o que fez por meio de seu art. 421, cuja redação é a seguinte: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

É interessante observar que, nos termos em que foi positivada, a função social dos contratos assumiu duplo caráter. Um finalístico, perceptível a partir da expressão “em razão” utilizada pelo legislador e outro limitativo já que, de acordo com o texto legal destacado, os sujeitos, ao contratar, devem fazê-lo nos limites da função social.

Aqui parece coincidir a concepção normativa da função social com aquela expressa na doutrina de Emilio Betti, para quem a função social é considerada como causa ou razão de ser do contrato, vinculada ao seu conteúdo, causa essa considerada como a “função de interesse social da autonomia privada” interesse que, por sua vez “determina a própria vontade, um elemento, em suma, do próprio processo volitivo, e até o seu elemento principal e normal” (ZANCHI, 2008, p.265). O mesmo Kleber Luiz Zanchin (2008, p.264) realiza uma distinção entre valor social do contrato e sua função social, que favorece a compreensão do tema. Segundo o autor:

Associando função social e valor social, temos que este é anterior àquela e a define. Ele é externo ao contrato e é coletivo; ela é interna e é individual. Em outras palavras, se a função (o programa) de determinado contrato tiver valor social, poderemos falar em

função social desse contrato. [...] Por isso é pertinente separar as palavras que compõem a expressão: “função” é a finalidade concreta programada pelas partes no contrato; “social” é o valor atribuído pela sociedade a essa função.

Mas, a função social dos contratos não implica apenas na vedação imposta aos contratantes de não atingirem negativamente aqueles que estão fora da relação contratual. O efeito contrário também se verifica. Norma que é, o contrato também reflete genericamente, é dizer, impõe a terceiros, alheios à relação contratual, o dever de não ofender os legítimos interesses imbricados em dado contrato.

Em razão do princípio ora estudado é que se verifica assim no Código Civil como na legislação civil extravagante, dispositivos que limitam a atuação contratual, em consideração aos aspectos mencionados ao longo do presente tópico, à semelhança daqueles que regulamentam a fraude contra credores (art. 158 e ss. CCB); os efeitos contratuais em relação a terceiros – dentre estes, a estipulação em favor de terceiros, promessa de fato de terceiro e contrato com pessoa a declarar – previstos nos arts. 436 a 440 e 467 a 471, todos do CCB; a tutela da coação exercida por terceiro (art. 154, CCB); a ressalva aos direitos de terceiros de boa-fé e a punição das condutas praticadas por terceiros de má-fé (arts. 161; 167,§º; 172; 191; 298, 359; 380; 385; 523; 563; 673; 814 etc); a figura do terceiro interessado ou não interessado prevista na teoria geral do pagamento (art. 304 e seguintes do CCB); a tutela do terceiro prejudicado nos contratos de seguro (arts. 206, §1º, II, *a* e §3º, IX; 787, §§2º e 4º; 788, CCB); a possibilidade de responsabilização do fabricante e do fornecedor, não obstante não tenha participado do negócio celebrado com o consumidor vítima de fato do produto ou do serviço (arts. 12 e 14 do CDC); além de outros tantos exemplos que não serão citados por uma questão de conveniência acadêmica.

À guisa de conclusão, destaca-se o entendimento de Miguel Reale, em artigo intitulado “A Função Social do Contrato”, em que explica, com a propriedade que lhe é peculiar:

O que o imperativo da “função social do contrato” estatui é que este não pode ser transformado em um instrumento para atividades abusivas, causando dano à parte contrária ou a terceiros, uma vez que, nos termos do art. 187, “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Não há razão alguma para se sustentar que o contrato deva atender tão somente aos interesses das partes que o estipulam, porque ele, por sua própria finalidade, exerce uma função social inerente ao poder negocial que é uma das fontes do direito, ao lado da legal, da jurisprudencial e da consuetudinária. O ato de contratar corresponde ao valor da livre iniciativa, erigida pela Constituição de 1988 a um dos fundamentos do Estado Democrático do Direito, logo no Inciso IV do Art. 1º, de caráter manifestamente preambular. Assim sendo, é

natural que se atribua ao contrato uma função social, a fim de que ele seja concluído em benefício dos contratantes sem conflito com o interesse público. [...] 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.

Assim, o princípio da função social mitiga os princípios contratuais clássicos, notadamente o da relatividade contratual, na medida em que, além de promover a superação da visão individualista e restrita aos interesses dos sujeitos contratantes, conforme a concepção liberal, lança também um novo olhar sobre os efeitos derivados do contrato, que se espalham e comprometem também a terceiros, carregando a todos estes o dever geral de respeitar os interesses daqueles envolvidos numa relação contratual.

2.4 Princípio da Equivalência Material

O princípio a que se refere o presente tópico parte da ideia central de equilíbrio real, sugerindo a superação da igualdade meramente formal para atingir a igualdade material, *i.e.*, a isonomia que propõe sejam tratados igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida das suas desigualdades. Sugere, pois, a busca por uma proporcionalidade entre direitos e deveres na relação jurídica contratual, de modo a evitar vantagens e desvantagens excessivas.

A respeito do tema, Paulo Lobo (*online*) esclarece:

O princípio da equivalência material busca realizar e preservar o equilíbrio real de direitos e deveres no contrato, antes, durante e após sua execução, para harmonização dos interesses. Esse princípio preserva a equação e o justo equilíbrio contratual, seja para manter a proporcionalidade inicial dos direitos e obrigações, seja para corrigir os desequilíbrios supervenientes, pouco importando que as mudanças de circunstâncias pudessem ser previsíveis. O que interessa não é mais a exigência cega de cumprimento do contrato, da forma como foi assinado ou celebrado, mas se sua execução não acarreta vantagem excessiva para uma das partes e desvantagem excessiva para outra, aferível objetivamente, segundo as regras da experiência ordinária.

O contrato, em sua essência, admite certo desequilíbrio entre direitos e obrigações, tendo em vista que é da natureza da relação contratual a verificação de vantagens e desvantagens recíprocas. Dito de outro modo, é natural que em dada relação contratual uma das partes obtenha vantagem em relação à outra, não havendo nisso qualquer inconveniente, afinal de contas, ninguém em sã consciência contrata apenas por contratar ou para sofrer um prejuízo material, fazendo-o sempre movido por uma justa expectativa de obtenção de um resultado positivo.

O que o princípio em questão obsta, portanto, é a desproporção exagerada, a vantagem excessiva que desequilibra a relação contratual e a torna injusta, prejudicando um dos seus integrantes e contrariando, assim, o papel de promoção do bem estar que se atribui ao contrato na contemporaneidade.

2.5 O Princípio da Boa-Fé Objetiva

Dentro dos limites e fins do presente estudo, não se examina a Boa-fé Objetiva em sua verticalidade, indicando-se para tanto os trabalhos de Judith Martins Costa e Antônio Menezes Cordeiro.⁴ Dessa forma, cumpre o presente texto com a tarefa de apresentar a Boa-Fé Objetiva como um dos princípios sociais do Direito Contratual, demonstrando os efeitos do seu reconhecimento no ordenamento jurídico pátrio.

Inicialmente cumpre atentar para a modificação profunda do método legislativo utilizado pelo legislador do Código Civil Brasileiro de 2002, em relação ao código anterior. O legislador do Código Civil de 1916, inspirado pelo ideal positivista, bem como pela concepção do Estado Liberal, valeu-se predominantemente da denominada técnica legislativa regulamentar, própria do sistema da subsunção ou exegese, em que o fato é levado ao juiz que lhe aplica a norma para produzir uma sentença. Nesse contexto, ao juiz não incumbia a tarefa de valorar a norma. De acordo com essa técnica legislativa, de rigor, não havia espaço para que ele pudesse trazer para a decisão novos valores sociais. O reconhecimento de novos valores estava subordinado à prévia estipulação em lei, por obra do legislador.

Atualmente, segundo a concepção pós-positivista, não mais se admite o quadro acima, por inviabilizar o ideal de justiça social consagrado na Constituição Federal, que possibilitou a abertura do sistema legal, hoje permeado por *cláusulas gerais*, o que significa dizer que, além dos fatos e das normas, o juiz pode buscar valores vigentes na sociedade, desde que refletidos na Constituição Federal, para elaborar suas decisões.

4 Faz-se referência, aqui, às obras “A Boa-Fé no Direito Privado” e “A Boa-Fé no Direito Civil”, dos autores citados, respeitada a ordem da citação.

Com o Código Civil vigente, uma nova técnica legislativa veio coadjuvar – não substituir – a técnica regulamentar. Trata-se da técnica legislativa das *cláusulas gerais*, através da qual o legislador, de forma proposital, é dizer, intencional, elabora a norma com certa vagueza semântica (de conteúdo), para que o julgador, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, possa definir o seu conteúdo, atendendo, ainda, aos valores vigentes na sociedade, os quais, normalmente, estarão reconhecidos pela Constituição.

Por esta técnica, além de se permitir o alcance de uma solução mais justa, permite-se que o julgador possa exercer uma atividade criativa, atento aos novos valores da sociedade, tendo sido bastante utilizada pelo legislador quando da inserção dos novos princípios contratuais.

Sobre a questão, Judith Martins Costa (1999, p. 33) explica que:

A modificação da técnica legislativa, na formulação das normas jurídicas, de termos dotados de ampla vagueza semântica (os denominados conceitos jurídicos indeterminados), pela inserção nas Constituições e nas leis de um grande número de princípios valorativos ou ainda pela adoção de normas-objetivo que implementam políticas públicas -, altera, substancialmente, o tipo de raciocínio hábil à aplicação do direito, exigindo a convivência do tradicional raciocínio lógico-subsuntivo com a chamada concreção ou concretização das normas, com o que se tem um método de raciocínio produtivo

Pois bem, a Boa-Fé objetiva foi introduzida no Código Civil Brasileiro de 2002 a título de cláusula geral, é dizer, sem a preocupação com a definição de seu conteúdo, conforme se depreende da leitura do art. 422, segundo o qual: “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

No entanto, o fato de ter sido positivado no referido *Codex*, não significa, propriamente, que a Boa-Fé Objetiva constitua uma novidade para o ordenamento jurídico pátrio, valendo anotar, juntamente com Flávio Tartuce (*online*) que:

Ao contrário do que muitos podem imaginar, já existia previsão expressa quanto à boa-fé objetiva, de cunho contratual, em nosso ordenamento jurídico. Com efeito, esta era a previsão do artigo 131, I, do Código Comercial de 1.850, constante na parte que foi revogada pelo Novo Código Civil: “A inteligência simples e adequada que for mais conforme a boa-fé e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras”.

Miguel Reale, em artigo intitulado *A Boa-Fé no Código Civil*, destaca a relevância do tema para a ordem jurídica:

É a boa-fé o cerne em torno do qual girou a alteração de nossa Lei Civil, da qual destaco dois artigos complementares, o de nº 113, segundo o qual “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”, e o Art. 422 que determina: “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”. Como se vê, a boa-fé não constitui um imperativo ético abstrato, mas sim uma norma que condiciona e legitima toda a experiência jurídica, desde a interpretação dos mandamentos legais e das cláusulas contratuais até as suas últimas consequências. Daí a necessidade de ser ela analisada como *conditio sine qua non* da realização da justiça ao longo da aplicação dos dispositivos emanados das fontes do direito, legislativa, consuetudinária, jurisdicional e negocial.

Não obstante vagueza semântica de que se falou alhures, Álvaro Villaça (2002, p. 26), realiza um delineamento essencial em torno do conteúdo da boa-fé objetiva que, para ele, implica em:

[...] um estado de espírito, que leva o sujeito a praticar um negócio em clima de aparente segurança. Assim, desde o início devem os contratantes manter seu espírito de lealdade, esclarecendo os fatos relevantes e as situações atinentes à contratação, procurando razoavelmente equilibrar as prestações, expressando-se com clareza e esclarecendo o conteúdo do contrato, evitando eventuais interpretações divergentes, bem como cláusulas leoninas, só em favor de um dos contratantes, cumprindo suas obrigações nos moldes pactuados, objetivando a realização dos fins econômicos e sociais do contratado; tudo para que a extinção do contrato não provoque resíduos ou situações de enriquecimento indevido, sem causa.

Comportamentos éticos constituem, pois, o ponto de partida para o desenvolvimento de qualquer raciocínio em torno desse princípio, de tal sorte que atuar conforme a boa-fé objetiva significa manter um comportamento ético nas relações privadas que venham a se estabelecer.

Assim, na seara dos contratos, impõe-se às partes o respeito mútuo, a atenção às expectativas da outra e a adoção de comportamentos transparentes, que preservem a confiança entre elas. Determina, pois, um padrão de comportamento com embasamento naquilo que a doutrina de um modo geral convencionou denominar de *tutela da confiança*.

O princípio em questão, segundo Judith Martins Costa (1999, p. 427) realiza três funções distintas no contexto jurídico, a saber: a) a de cânone hermenêutico integrativo; b) a de norma de criação de deveres jurídicos e c) a de norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos.

A função interpretativa a que se refere a autora encontra-se, atualmente, expressa no art. 113 do Código Civil, cuja redação é a seguinte: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

A Boa-Fé Objetiva foi indicada pelo legislador, portanto, como critério subsidiário para a interpretação dos negócios jurídicos. Assim, sempre que o juiz não conseguir chegar à conclusão sobre qual era a real intenção das partes através de suas declarações, a Boa-Fé Objetiva será fator coadjuvante nessa busca, assim como os usos do lugar da celebração do negócio.

No que pertine à função de norma de criação de deveres jurídicos, a autora (1999, p. 438) faz alusão aos denominados deveres anexos, laterais, acessórios de conduta, ou de tutela, reconhecidos pela doutrina alemã como *Nebenpflichten*, assim denominados “por não estarem orientados diretamente ao cumprimento da prestação ou dos deveres principais, estando, antes, referidos ao exato processamento da relação obrigacional, isto é, á satisfação dos interesses globais envolvidos, em atenção a uma identidade finalística” (1999, p.440).

Em síntese, os deveres acessórios de conduta apontados pela autora são os seguintes: a) deveres de cuidado, previdência e segurança; b) deveres de aviso e esclarecimento; c) deveres de informação; d) deveres de colaboração e cooperação; e) deveres de proteção e cuidado; e f) deveres de omissão e segredo, os quais não serão aprofundados no presente trabalho por conveniência acadêmica, motivo porque, fica o leitor convidado a aprofundar o assunto, a partir da leitura da fonte doutrinária aqui citada.

Por fim, relativamente à função de norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos, a autora associa a boa-fé às figuras do abuso do direito e da *exceptio doli* ou exceção dolosa. Nas palavras da autora (1999, p. 456):

Sendo certo que o domínio da boa-fé objetiva é o direito das obrigações, e em especial o dos contratos, impõe insistir numa outra constatação: diferentemente do que ocorria no passado, o contrato, instrumento por excelência da relação obrigacional e veículo jurídico de operações econômicas de circulação de riquezas, não é mais perspectivado desde uma ótica informada unicamente pelo dogma da autonomia da vontade. Justamente por que traduz relação obrigacional – relação de cooperação entre as partes, processualmente polarizada por sua finalidade – e porque se caracteriza como o principal instrumento jurídico de relações econômicas, considera-se que o contrato, qualquer que seja, de direito público ou privado, é informado pela função social que lhe é atribuída pelo ordenamento jurídico [...] Sob esta ótica, apresenta-se a boa-fé como norma que não admite condutas que contrariem o mandamento de agir com lealdade e correção, pois só assim se estará a atingir a função social que lhe é cometida.

A partir do que se destacou no presente tópico, pode-se afirmar que o Princípio da Boa-Fé Objetiva opera, assim, como os outros dois princípios sociais do Direito Contratual, a flexibilização daqueles princípios clássicos de que se ocupou anteriormente, na medida em que o

seu desrespeito pode implicar na revisão ou mesmo na extinção do contrato por meio da atuação do Poder Judiciário, contrariando, assim, a ideia da rigidez dos contratos – pregada pelo *pacta sunt servanda* – e da autonomia privada, mesmo porque, como assevera Miguel Reale na Exposição de Motivos do Novo Código Civil: “[...] quando o art. 104 dispõe sobre a validade do negócio jurídico, referindo-se ao objeto lícito, neste está implícita a sua configuração conforme à boa-fé, devendo ser declarado ilícito todo ou parte do objeto que com ela conflite”.

3 A dimensão ética como aspecto interseccional dos princípios sociais dos contratos

Após a análise feita em torno dos três princípios sociais dos contratos apontados no presente trabalho, cumpre fazer uma observação que, apesar de não constituir uma novidade, sugere aspecto comum e relevante a respeito daqueles.

A observação, que inclusive inspirou a formulação do título do presente trabalho, consiste no fato de que os três princípios em questão possuem um aspecto em comum e que preenche, por assim dizer, uma zona de interseção. Tal aspecto é a dimensão ética que tais princípios deixam transparecer, cada um a seu modo, conforme será demonstrado adiante.

Antes, porém, cumpre destacar que, mesmo antes da entrada em vigor do Código Civil de 2002, Miguel Reale já chamava a atenção, como fez em artigo intitulado *Sentido do Novo Código Civil*, para o fato de que:

[...] é superado o apego a soluções estritamente jurídicas, reconhecendo-se o papel que na sociedade contemporânea voltam a desempenhar os valores éticos, a fim de que possa haver real concreção jurídica. Socialidade e eticidade condicionam os preceitos do novo Código Civil, atendendo-se às exigências de boa-fé e probidade em um ordenamento constituído por normas abertas, suscetíveis de permanente atualização.

Mantendo a coerência com o argumento acima, o mesmo autor, desta vez por ocasião da Exposição de Motivos do novo Código Civil, asseverou que: “firme consciência ética da realidade sócio-econômica norteia a revisão das regras gerais sobre a formação dos contratos e a garantia de sua execução equitativa [...]”, reputando como fundamental o destaque para o fato de que, durante a elaboração do *Codex*, houve a preocupação de:

Tornar explícito, como princípio condicionador de todo o processo hermenêutico, que a liberdade de contratar só pode ser exercida em consonância com os fins sociais do

contrato, implicando os valores primordiais da boa-fé e da probidade. Trata-se de preceito fundamental, dispensável talvez sob o enfoque de uma estreita compreensão positivista do Direito, mas essencial à adequação das normas particulares à concreção ética da experiência jurídica.

De fato, o resgate de preceitos éticos pelo Direito constituiu para a humanidade de um modo geral, notadamente no período que sucedeu à Segunda Grande Guerra, uma questão imperativa, quase irresistível.

Nesse sentido, José Augusto Delgado (*online*), pondera que:

Os problemas vinculados à prática ética são universais. Há consenso de que a vida humana e a sociedade necessitam reformular os seus modos de agir para que, em todas elas, princípios éticos sejam seguidos com potencialidade e preponderância sobre quaisquer outros. Urge que a ética esteja presente na política, no direito, na indústria, no comércio, na administração (pública e privada), no esporte, na ciência, na economia, na comunicação, na religião e em outros setores. [...] Essa idéia que domina o pensamento jurídico do mundo de hoje estão presentes no Novo Código Civil, cuja preocupação com a aplicação de princípios éticos nas relações jurídicas de direito privado é revelada em vários dos seus artigos.[...] A ética no Novo Código Civil visa imprimir eficácia e efetividade aos princípios constitucionais da valorização da dignidade humana, da cidadania, da personalidade, da confiança, da probidade, da lealdade, da boa-fé, da honestidade nas relações jurídicas de direito privado.

O princípio da função social dos contratos deixa transparecer sua dimensão ética na medida em que veda a utilização destes para a consecução de interesses particulares em detrimento dos anseios da coletividade em que inseridos. Impede, pois, contratação qualquer, que, ainda de modo inconsciente, provoque efeitos deletérios em face de terceiros, contrariando o ideal de bem-estar social.

O princípio da equivalência material dos contratos, por sua vez, ao proibir que uma das partes obtenha vantagem excessiva sobre outra; ao permitir a moderação ou mesmo a extinção dos efeitos daqueles contratos que imponham a uma das partes uma condição demasiadamente onerosa, ainda que em decorrência de livre manifestação de vontade, reflete, igualmente, uma dimensão ética, uma vez que, em sua essência, inviabiliza a institucionalização do mal-estar pela via da autonomia privada.

O Princípio da boa-fé objetiva, certamente de modo bem mais evidente, ostenta uma dimensão ética com a qual praticamente se confunde, uma vez que o seu conceito mesmo encerra o compromisso que os contratantes devem ter de, invariavelmente, agir de acordo com um padrão ético, de modo a preservar não apenas os seus interesses particulares, mas, igualmente, os

interesses daquele com quem firmou a relação contratual, num sentimento de cooperação e lealdade.

A dimensão ética aqui referida está implícita, ainda, nas regras de validade do negócio jurídico, podendo ser identificada na exigência de idoneidade do seu objeto e de capacidade específica de seus agentes, que está concentrada no art. 104, I e II do Código Civil Brasileiro, mas que é igualmente identificada em outras regras dispersas ao longo do mesmo digesto, conforme será demonstrado a seguir.

O direito positivo brasileiro exige dos sujeitos interessados em firmar negócios jurídicos a capacidade plena, referindo-se não à mera capacidade de direito – ou seja, à capacidade para adquirir direitos e contrair obrigações na ordem jurídica – mas à capacidade de fato, é dizer, à capacidade para realizar pessoalmente o ato negocial, sendo essa exigência flexibilizada apenas de modo excepcional, como ocorre nas hipóteses de representação e assistência de menores e no caso de constatação da má-fé do menor no ato de se obrigar *cf.* previsto no art. 180 do Código Civil Brasileiro.

No entanto, a validade do ato negocial exige, ainda, a legitimidade das partes, compreendida como capacidade específica para a prática do ato, sendo certo que essa legitimidade se traduz na verificação de ausência de impedimentos, cuja natureza é essencialmente ética.

Assim, o fundamento de todas as regras que suprimem a legitimidade para contratar – à semelhança daquelas insertas nos arts. 497, 550 e 580 do Código Civil – é de natureza ética, estando relacionado à idoneidade dos sujeitos do contrato, tal como ocorre em relação à idoneidade do seu objeto que, além de determinado ou determinável, deve ser lícito, ou seja, harmônico assim em relação ao direito positivo, como à Moral e aos bons costumes.

Certamente, o alcance normativo da Ética nem sempre coincide com o do Direito, na medida em que este possui também normas de organização, as quais, *a priori*, são vazias de conteúdo axiológico, uma vez de conteúdo meramente pragmático. Contudo, toda e qualquer norma jurídica encontra validade na realização do bem comum e, não obstante a distinção entre o Direito e a Ética seja lugar comum na doutrina, a correlação entre ambos é patente e o contrato,

em razão de sua natureza normativa-jurídica, deve refletir essa aproximação, tal qual a lua faz com a luz emanada pelo astro rei.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, ÁLVARO VILLAÇA. **Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos**. São Paulo: Editora Atlas, 2002.

BEDÊ. Fayga Silveira. **O Estado e seus (des)caminhos econômicos**. Opinião Jurídica – Revista do Curso de Direito da Faculdade Christus - n. 03, ano 02, 2004.1.

BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Código Civil**. Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 15 out. 2013.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 out. 2013.

_____. Senado Federal. **NOVO CÓDIGO CIVIL: Exposição de Motivos e Texto Sancionado**. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70319/743415.pdf?sequence=2>>. Acesso em: 19 de nov. 2013.

DELGADO. José Augusto. **A ética no novo Código Civil**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacao seriada/index.php/informativo/article/download/314/299>>. Acesso em: 19 de nov. 2013.

FRANCO. Vera Helena de Mello. **Teoria Geral do Contrato: Confronto com o direito europeu futuro**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011.

GOMES. Orlando. **Contratos**. 23.ed. Rio de Janeiro: Forense. 2001.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 15.ed. São Paulo: Malheiros. 2012.

LOBO Paulo Luiz Neto. **Direito Civil: Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOBO, Paulo. **Princípios sociais dos contratos no CDC e no novo Código Civil**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2796/principios-sociais-dos-contratos-no-cdc-e-no-novo-codigo-civil>>. Acesso em 14 de novembro de 2013.

MARTIS COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado: Sistema e Tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

NERY, Rosa Maria de Andrade. **Introdução ao Pensamento Jurídico e à Teoria Geral do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**. 1.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PRATA. Ana. **A Tutela Constitucional da Autonomia Privada**. Coimbra: Almedina, 1982.

REALE Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 25.ed. São Paulo: Saraiva. 2000.

_____. **A Boa-Fé no Código Civil**. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/boafe.htm>>. Acesso em 19 de novembro de 2013>. Acesso em: 16 de nov. 2013.

_____. **Função Social do Contrato.** Disponível em:
<<http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm>>. Acesso em 19 de nov. de 2013.

_____. **Sentido do Novo Código Civil.** Disponível em:
<<http://www.miguelreale.com.br/artigos/sentncc.htm>>. Acesso em 19 de nov. de 2013.

SILVA, Clóvis do Couto. **A obrigação como processo.** Reimpressão. Rio de Janeiro: Editora FGV. 2007.

TARTUCE, Flávio. **O princípio da boa-fé objetiva em matéria contratual.** Apontamentos em relação ao novo Código Civil e visão do projeto nº 6.960/02). Disponível em:
<http://www.professorsimao.com.br/artigos_convidados_tartuce.htm>. Acesso em 19 de novembro de 2013.

TEPEDINO, Gustavo. **Notas sobre a Função Social dos Contratos.** Disponível em:
<<http://www.tepedino.adv.br/wp/wp-content/uploads/2012/09/biblioteca12.pdf>>. Acesso em: 18 de nov. de 2013.

_____. **Novos Princípios Contratuais e Teoria da Confiança:** a exegese da cláusula to the best knowledge of the sellers. Disponível em: <<http://www.tepedino.adv.br/wp/wp-content/uploads/2012/09/biblioteca13.pdf>>. Acesso em: 19 de nov. de 2013.

ZANCHIM, Kleber Luiz. **O contrato e seus Valores.** In JABUR, Gilberto Haddad e PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge, ***Direito dos Contratos II***. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 251-272.