



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Função Social do Contrato e o Princípio da Boa-Fé Objetiva.

Fabiana Marques dos Reis Gonzalez

Rio de Janeiro  
2014

FABIANA MARQUES DOS REIS GONZALEZ

A Função Social do Contrato e o Princípio da Boa-Fé Objetiva.

Artigo Científico apresentado à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores:

Prof. Monica Areal

Prof. Nelson Tavares Júnior

Prof. Neli Luiza Cavalieri Fetzner.

Rio de Janeiro  
2014

## A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA

Fabiana Marques dos Reis Gonzalez

Advogada. Graduada pela Universidade da Cidade. Pós-Graduada Lato-Sensu em Direito Empresarial na Fundação Getúlio Vargas.

Resumo: O código Beviláqua de 1916 buscou valorizar a propriedade, a família e o contrato, inspirado em codificações europeias e influenciado pelo liberalismo político e econômico. A ordem jurídica então estabelecida, concedia a cada cidadão a liberdade de contratar e escolher os termos de cada contrato acreditando que assumida a relação cada cidadão tinha a obrigação de assumir o que fora convencionado. Após a Segunda Guerra Mundial a sociedade atentou para o fato de que, o liberalismo tornara-se egoísmo, despertando assim o interesse para o respeito aos Direitos humanos, com isso o contrato passa a deixar o caráter meramente individualista e voluntarista passando a existir uma preocupação com a coletividade, não sendo mais apenas um instrumento da mera realização da autonomia da vontade privada, cedendo lugar ao novo modelo, que visa à dignidade da pessoa humana, um contrato que desenvolva a função social. O trabalho concerne na análise desta mudança de paradigma.

Palavras-chave: Direito Civil. Contrato. Direitos Humanos. Princípio da Boa-Fé Objetiva.

Sumário: Introdução. 1. Evolução da função social do contrato 2. A função social do contrato. 3. O princípio da eticidade. 4. A função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva como cláusulas gerais. 5. O princípio da boa-fé objetiva. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A liberdade de contratar impunha uma responsabilidade pelos compromissos assumidos, pensamento influenciado pelo Direito Canônico que pregava a sacralidade dos contratos, de modo que a palavra dada, a vontade manifestada a outra pessoa, era tida como sagrada e o seu descumprimento configurava o pecado.

Elaborado sob a influência do liberalismo político e econômico, o Código Civil de 1916 veio regular as relações contratuais, dando liberdade às partes para que escolham os termos da avença, onde, após a sua conclusão, não era permissível descumprir o que fora convencionado, sob pena de sofrer sanções legalmente previstas.

A partir da experiência das duas Grandes Guerras Mundiais e suas trágicas consequências, passou-se a exigir do Estado uma postura mais voltada para o social, obtendo um importante golpe contra o individualismo exacerbado.

Percebeu-se que a liberdade de contratar passou a ser uma necessidade de se praticar o ato apenas para a subsistência no meio social, pois na prática sentia-se que nenhuma liberdade era exercida no momento de contratar e que a quebra do equilíbrio sócio-econômico dos contratantes refletia nas desigualdades dos homens, principalmente no acesso aos bens de vida.

O legislador pátrio, atento às mudanças econômicas, contratuais e principalmente sociais, fez consignar no Código Civil de 2002 os artigos 421 e 422 que dizem: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato” e que “os contraentes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução os princípios da probidade e boa-fé”.

## **1. EVOLUÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO.**

Ao elaborar o Código de 1916, Clóvis Beviláqua<sup>1</sup> buscou em sua obra valorizar a família, a propriedade e o contrato, inspirado em codificações européias e influenciado

---

<sup>1</sup> Tão logo BEVILÁQUA, Clóvis apresentou o seu projeto de Código Civil, este foi alvo dos mais diversos ataques, tendo o jurista partido para a defesa do trabalho por ele elaborado, através de alguns artigos sucessivamente publicados. Foi, portanto, da reunião de tais artigos que resultou a obra *Em Defeza*

pelo liberalismo político e econômico. A ordem jurídica então estabelecida concedia a cada cidadão a liberdade de contratar e escolher os termos de cada contrato, acreditando que, assumida a dita relação, tanto contratante como contratado tinham a obrigação de cumprir o que fora avençado impondo responsabilidade pelos compromissos assumidos, não sendo facultado às partes reclamar e nem ao Juiz preocupar-se com o que estava contido no contrato. A única alternativa de uma das partes era pedir a revogação de uma ou mais cláusulas, porém o seu pedido tinha que ser anuído pela outra.

Até a Segunda Guerra Mundial prevalecia o interesse e a satisfação pessoal de cada indivíduo, porém esse individualismo, exercido de maneira errônea e exagerado, passa a ter uma nova forma denominada egoísmo. Após esse período de Guerra, a humanidade despertou para o respeito aos Direitos Humanos, influenciando a maior parte dos ordenamentos jurídicos, dentre eles o Direito Privado, passando a sociedade a exigir do Estado uma postura mais voltada para o social.

Seguindo a mesma linha de entendimento adotada pelo Direito Público e do chamado Direito Social (educação, saúde, lazer e outros), verificou-se que o interesse preponderante estava na coletividade, e o contrato diante de tais transformações, alterou-se para adequar-se a esta nova realidade evoluindo de espaço reservado e protegido pelo direito para a livre e soberana vontade das partes, para ser um instrumento jurídico mais equitativo e social, emergindo daí os chamados direitos de terceira geração, que são aqueles de natureza transindividual, ou seja, são os que protegem os interesses que vão além das partes concretas da relação negocial, chamados de interesses difusos coletivos ou individuais homogêneos.

---

*do Projecto de Código Civil Brasileiro*, a qual, entre outras contribuições, traz uma análise das tentativas de codificação do direito civil anteriores ao seu projeto.

Consequentemente passou a existir uma preocupação especial com os interesses sociais e coletivos, passando a não mais existir a ideia de ser o contrato uma manifestação individualista e voluntarista, não sendo apenas um instrumento da realização da autonomia da vontade privada, cedendo lugar a um modelo novo, que visa à dignidade da pessoa humana, um contrato que desenvolva uma função social.

A função social dos contratos exprime a necessária harmonia entre os interesses privativos dos contraentes com os interesses de toda a coletividade, ou seja, é a compatibilização do princípio da liberdade com o da igualdade, uma vez que, para o liberal, o principal é a expansão da personalidade individual, enquanto para o igualitário, o principal é o desenvolvimento da comunidade em seu conjunto, mesmo que isso acarrete o custo de diminuir a esfera de liberdade dos singulares<sup>2</sup>.

O legislador, atento aos fenômenos sociais e econômicos aos quais a sociedade estava passando, fez consignar no artigo 421 do atual Código Civil Brasileiro, quando trata dos contratos, que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”, regulamentando e colocando fim em uma discussão que já se tornara muito mais terminológica do que propriamente doutrinária, acerca do das dessemelhanças entre liberdade contratual e liberdade de contratar, vez que a liberdade contratual é aquela que equivale à função social do contrato, sendo ela limitada objetivamente pela norma, que é norma geral e de ordem pública, e valorizando os interesses coletivos sobre os eminentemente individuais. Já a liberdade de contratar é a prerrogativa subjetiva, que cada contratante possui de arbitrar sobre a viabilidade ou não de formalizar determinada contratação, é a vontade livre e consciente de cada indivíduo se deseja ou não ingressar na relação contratual.

---

<sup>2</sup> TARTUCE, Flávio. *A função Social dos Contratos*. Do Código de Defesa do Consumidor ao novo Código Civil. São Paulo: Método, 2005, p. 827.

## 2. A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO.

Nos últimos dois séculos, os juristas tinham a ideia de que a satisfação de um interesse próprio significava a busca pelo bem individual, conseqüentemente à soma de todos os bens individuais trariam o bem comum da sociedade. Essa ideia foi influenciada pelo positivismo jurídico e pelo individualismo liberal, acreditando assim o legislador, ser desnecessária a solidariedade, uma vez que a partir da vontade livre e consciente de cada pessoa seria possível alcançar a felicidade coletiva.

Entretanto o individualismo torna-se egoísmo e, após a Segunda Guerra Mundial, os juristas e a sociedade atentam para o fato de que o direito subjetivo, que é o poder concedido ao cidadão pelo ordenamento a fim de que este possa satisfazer interesse próprio, deveria corresponder a uma função social, ou seja, toda atividade deve atender às necessidades do organismo social.

O ordenamento jurídico concede ao cidadão o direito subjetivo com a finalidade de satisfazer um interesse próprio, desde que este aceite a condição de que a sua satisfação não interfira de maneira prejudicial na coletividade existente ao seu redor. O ordenamento concede à pessoa o poder de agir, no entanto sua atividade deve atender a uma finalidade (trazendo a ideia para o direito isto significa função), em não existindo este caráter, tal atividade individual perderá a legitimidade e a sua conduta será então recusada pelo ordenamento.

O princípio da função social determina que os interesses individuais das partes do contrato sejam exercidos em conformidade com os interesses sociais, sempre que estes se mostrem presentes. É importante que não haja conflito entre eles, pois, em havendo, prevalecerá então os sociais. Importa em limitar institutos de conformação nitidamente individualista, atendendo os ditames do interesse coletivo acima dos

interesses particulares, buscando ainda igualar o sujeito de direito, de modo que a liberdade que cabe a cada um deles seja igual para todos.

O artigo 421 do Código Civil instituiu que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”, e explica o eminente professor e autor do projeto, Miguel Reale <sup>3</sup>, que “um dos motivos determinantes desse mandamento resulta da Constituição da República de 1988, a qual, nos incisos XXII e XXIII do artigo 5º, salvaguarda o direito de propriedade que atenderá a sua função social”. Continua ele dizendo que “a realização da função social da propriedade somente se dará se igual princípio for estendido aos contratos, cuja conclusão e exercício não interessa somente às partes contratantes, mas a toda coletividade”. Ambos os institutos estão ligadas diretamente tendo em vista ser o contrato o mais poderoso instrumento de circulação de riquezas, cabendo assim, ao Juiz quando da análise da função social do contrato, verificar qual a qualidade do bem que serve de objeto do contrato, onde, em se tratando de bem rural, que é um bem de produção, a fiscalização deve ser mais incisiva. Da mesma maneira, em se tratando de imóvel urbano essencial, como por exemplo, um imóvel destinado à moradia, porém mediante a um contrato de locação ou de venda de lotes urbanos, mas que, a monopolização de sua comercialização obste a utilização deste a uma grande parte da população que necessita de moradia. Assim, ao aplicar a função social do contrato, o julgador deverá ter em mente se a essencialidade do bem que serve de objeto da relação jurídica afetará ou não e de que maneira a coletividade existente.

Sabe-se que qualquer contrato repercute no ambiente social a partir do momento que promova peculiar e determinado mandamento de conduta, ampliando

---

<sup>3</sup> REALE, Miguel. Visão geral do projeto de Código Civil. *Revista dos Tribunais*, n. 752, jun. 1998, p. 22-30.



assim o tráfico jurídico. Para Miguel Reale “o contrato é um elo que, de um lado, põe o valor do indivíduo como aquele que o cria, mas, de outro lado, estabelece a sociedade como lugar onde o contrato vai ser executado e onde vai receber uma razão de equilíbrio e medida”<sup>4</sup>.

Caio Mário diz que “com o passar do tempo, e com o desenvolvimento das atividades sociais, a função do contrato ampliou-se, generalizou-se. Qualquer indivíduo – sem distinção de classe, de padrão econômico, de grau de instrução – contrata”. Com isso ele justifica a importância do contrato no cotidiano de um indivíduo, e continua<sup>5</sup>:

O mundo moderno é o mundo do contrato. E a vida moderna o é também, e em tão alta escala que, se fizesse abstração por um momento do fenômeno contratual na civilização de nosso tempo, a consequência seria a estagnação da vida social. O *homo economicus* estancaria as suas atividades. É o contrato que proporciona a subsistência de toda a gente. Sem ele, a vida individual regrediria, a atividade do homem limitar-se-ia aos momentos primários.

O ato de contratar encontra respaldo na Constituição da República em seu artigo 1º inciso IV, correspondendo ao valor da livre iniciativa, sendo tal preceito um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito e de caráter manifestamente preambular, assim, há que se atribuir ao contrato uma função social, a fim de que ele seja concluído em benefício dos contratantes sem conflitar com o interesse público.

Busca assim o legislador, pôr fim ao modelo clássico e ultrapassado de contratar, onde vê na vontade, manifestada com exacerbado individualismo, a única fonte criadora de direitos e obrigações, exigindo para seu programa, um Estado ausente, apenas garantidor de que aquilo que fora convencionado entre as partes teria que ser cumprido, uma vez que tiveram a liberdade de escolher e contratar.

---

<sup>4</sup> Ibid 1998, p. 22-30.

<sup>5</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. V. III, 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 11.

Com o passar dos tempos, a atividade comercial evolui e cresce, exigindo da sociedade, agilidade muitas vezes necessária para a concretização das operações, perdendo o contrato o caráter de convenção e passando a ser mera operação jurídica com fins econômicos, haja vista a necessidade de praticar o ato para a própria subsistência no meio social. Com isso a liberdade de contratar perdeu sua essência refletindo na desigualdade dos homens, aumentando o desequilíbrio sócio econômico da sociedade e também ao acesso aos bens de consumo. A função social busca justamente destituir este caráter que ganhou o contrato com o passar dos anos, inserindo no mesmo, responsabilidade aos contratantes com a sociedade e respeito aos preceitos de ordem pública.

A irrevogabilidade ou imutabilidade do *pact sunt servanda*, que configura a obrigatoriedade de cumprimento dos contratos, passa a ser relativa, onde se busca reprimir a falta de idêntica liberdade entre os contratantes, o proveito injustificado entre as partes envolvidas na relação contratual e a onerosidade excessiva, permitindo-se a revisão e eventual correção dos rigores contratuais ante o desequilíbrio de uma das partes.

A moldura limitante do contrato tem a finalidade de evitar as desigualdades existentes entre os contratantes, tendo como reflexo social à garantia de que, ao contratar, exista íntegro equilíbrio entre os interesses dos contratantes e os interesses da sociedade.

Passando rapidamente pelo princípio da equivalência material poderemos justificar o que fora exposto acima. Busca o referido princípio realizar e preservar o equilíbrio real de direitos e deveres no contrato, antes, durante e após a sua execução, para que assim haja harmonia aos interesses das partes. O escopo é saber se a execução

de um contrato não trará vantagem excessiva a uma das partes em detrimento da outra, cabendo ao julgador analisar se tal conduta é procedente.

O princípio da equivalência material torna falida a ideia da igualdade jurídica e formal que existia no ordenamento sob a forma da concepção liberal do contrato. Assim era vedado ao juiz considerar a desigualdade real dos poderes contratuais ou o desequilíbrio de direitos e deveres, pois o contrato fazia lei entre as partes, formalmente iguais, pouco importando o abuso ou exploração da parte mais fraca pela mais forte.

Com isso, tal princípio desenvolve-se em dois aspectos o subjetivo e o objetivo. O aspecto subjetivo leva em consideração a identificação do poder contratual das partes e a presunção legal de vulnerabilidade, lembrando que a lei considera vulneráveis o consumidor, o trabalhador, o inquilino, etc. Tal presunção é absoluta, portanto não pode ser afastada do caso concreto. Já o aspecto objetivo é o que considera o real desequilíbrio de direitos e deveres do contrato, que pode estar presente na celebração ou em eventual mudança do equilíbrio das partes, sob o prisma de circunstâncias supervenientes que levem a onerosidade excessiva para uma das partes.

O referido princípio tem amparo na Constituição da República em seu artigo 173, parágrafo 4º, onde determina que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

A função social não é um limite externo e negativo ao direito subjetivo. Conforme ensinamentos do professor Nelson Rosenvald tratam-se a função social de <sup>6</sup>:

Limite interno e positivo. Interno, pois ingressa na própria estrutura do direito subjetivo, concedendo-lhe dinamismo e fidelidade; positivo, pois a

---

<sup>6</sup> ROSENVALD, Nelson. *Direito das Obrigações*. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p. 19.

função social não objetiva inibir o exercício do direito subjetivo. Pelo contrário, procura valorizar e legitimar a atuação do indivíduo.

O que existe hoje é uma maneira falsa e errônea em aceitar a função social por parte de alguns indivíduos, pois, para eles, seria a predominância do social sobre o individual, onde tal conduta nos levaria a abandonar o individualismo exacerbado e ingressar em um outro sistema igualmente perverso, o do coletivismo. Seria a despersonalização do indivíduo em favor da coletividade, onde a pessoa não poderia exercitar direitos subjetivos frente à sociedade, pois ela apenas existe em razão do Estado, e só a ela atribui-se o bem comum. Esta era a essência dos sistemas totalitários, seja de esquerda ou de direita.

A função social do contrato não vem com a finalidade precípua de impedir que as pessoas, naturais ou jurídicas, concluam as suas avenças, vem o referido instituto exigir que o acordo de vontades não cause detrimento aos interesses da coletividade, e sim que represente um dos meios primordiais de afirmação e desenvolvimento desta.

O ser humano possui direitos intangíveis e a sua personalidade preserva caráter absoluto, encontrando-se assim salvo de qualquer forma de subordinação. O ser humano antecede ao Estado, devendo o ordenamento jurídico civilizado atender às suas finalidades, sendo assim a sociedade o meio para o desenvolvimento para as realizações humanas.

Podemos traduzir a finalidade do Estado no presente estudo como sendo o maestro que rege uma orquestra, onde o faz sem sobrepor-se aos músicos, apenas conduzindo-os a perfeita harmonia, encontrando os limites na partitura. Ou seja, o Estado deve trabalhar para possibilitar que haja relações interpessoais através de princípios jurídicos éticos. Em consequência, busca-se que cada cidadão atue com solidariedade e cooperação com os seus semelhantes.

O princípio da socialidade, que fundamenta e baseia a função social do contrato, atua diretamente com o da eticidade, cuja matriz é a boa-fé, a qual fundamenta a atual legislação civil.

### **3. O PRINCÍPIO DA ETICIDADE.**

O termo “ética” pode ser compreendido como a ciência do fim para qual a conduta dos homens deve ser orientada. Vem da ideia para qual o homem dirige-se por natureza, conseqüentemente da essência humana.

Por ter sido fortemente influenciado pelo formalismo jurídico Europeu do século XIX, a legislação civilista de 1916 não recebeu a ética em seu bojo, posto que as correntes positivistas da época voltassem seus estudos para o Direito com base em manifestações, exteriorizações, não buscando indagar sobre o seu conteúdo, limitando-se a ciência do Direito a estudar a forma, ou a aparência.

Para os códigos positivistas era desnecessário determinar o que é justo ou injusto, bastava para eles, a técnica legislativa e a criação da norma por uma autoridade competente.

A técnica positivista de reduzir a ciência do Direito às emanções do direito positivo legislado permitia que, no momento de aplicação da norma ao caso concreto, os julgadores viessem a agir como autômatos, se atendo a aplicar a norma, não buscando espaço para a criação do Direito, uma vez que se limitavam a submeter o fato à norma. Assim tinha-se a ideia de ser o Direito sinônimo de Estado, uma vez que nele se concentrava o monopólio da lei.

Tal neutralidade da norma diante dos valores humanos causou uma das maiores tragédias já vistas pela humanidade em relação à dignidade da pessoa humana, em nome do Direito (Estado) e apoiado em uma ordem jurídica com poder legitimamente constituído, o Estado nazifascista pôde praticar uma das maiores atrocidades contra a dignidade da pessoa humana.

A partir daí as constituições e códigos enxergaram que a humanidade se constitui de valores que emergem da natureza humana como expressão da consciência universal desta, e que o valor justiça deverá nortear o conteúdo de qualquer ordenamento jurídico. O que se busca é que o Direito passe a valer não pela sua ligação com a forma, e sim pela ligação com o conteúdo.

Nelson Rosenvald nos ensina que <sup>7</sup>:

Se a ética é a ciência do fim para o qual a conduta dos homens deve ser orientada, temos que, no Direito, o ideal para o qual uma sociedade orientará os seus fins e ações será justamente na afirmação livre e racional do valor justiça. O ordenamento jurídico é um elemento de luta e afirmação de justiça. Entre o direito – técnica e o direito – ética, deverá prevalecer a força do Direito sobre o Direito força. O Direito é uma técnica a serviço de uma ética.

Ou seja, quis o autor nos remeter a ideia de que, a maneira retrógrada com a qual era aplicada a norma por parte do Estado (por meio dos magistrados), provou ser falida e passível de injustiças, haja vista prevalecer à razão em relação aos valores humanos. Valores estes que não podem de maneira nenhuma ser desconsiderados pelo magistrado ao julgar determinada demanda, sob pena de voltarmos a viver em uma sociedade cruel, ambiciosa e egoísta.

Necessário se faz, para a continuidade do nosso estudo, fazer uma explanação do caráter de cláusula geral que permeia a função social do contrato e o princípio da boa-fé

---

<sup>7</sup> Ibid, p. 22.

objetiva, haja vista ter sido essa a ideia do legislador quando da elaboração do Código Civil de 2002.

#### **4. A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA COMO CLÁUSULAS GERAIS.**

Caracterizam-se as normas gerais por serem normas de conteúdo ou termos vagos, delineadas de maneira aberta, com significado semanticamente impreciso e múltiplo. Caio Mário diz ser <sup>8</sup> “a cláusula geral de observância obrigatória, que contém um conceito jurídico indeterminado, carente de concretização segundo as peculiaridades de cada caso”.

Já Nelson Rosenvald diz que <sup>9</sup> “as cláusulas gerais são normas intencionalmente editadas de forma aberta pelo legislador. Possuem conteúdo vago e impreciso, com multiplicidade semântica”.

Tal vagueza, entretanto, é uma questão de grau, uma vez que a vagueza não está nas expressões linguísticas e sim que uma expressão é mais vaga ou não do que outra, variando conforme o contexto em que o termo será aplicado. A vagueza não é constituída por um defeito de linguagem, mas sim almejada intencionalmente pelo legislador, com a finalidade de adequar novas situações sociais àquela hipótese legal imprecisa.

---

<sup>8</sup> PEREIRA, op. cit., p. 23.

<sup>9</sup> ROSENVALD, op. cit., p.22, - 27.

A utilização de uma linguagem vaga não se limita somente às cláusulas gerais, podendo ser verificada também nos princípios que norteiam o ordenamento jurídico, como é o caso do princípio da eticidade, anteriormente tratado no presente estudo.

É permitido trabalhar em um ordenamento jurídico fundado em sistemas fechado e aberto. Por sistema fechado podemos entender ser aquele que atende um sistema positivista, que busca uma ciência pura do Direito.

Nelson Rosenvald define o sistema fechado da seguinte maneira <sup>10</sup>:

Uma ordem governada por um ideal de codificação, em que o Direito aplicado seria apenas aquele emanado da autoridade legislativa competente para editar a norma, sem que se pudesse admitir qualquer interferência de valores filosóficos, sociológicos e econômicos que estivessem à margem do sistema hermético.

Se o nosso ordenamento adotasse tão somente este sistema, falido seria o princípio da eticidade, tendo em vista que o mesmo visa justamente a não valoração do positivismo jurídico, e sim a busca de valores éticos e respeito aos direitos humanos.

Necessário se fez mostrar a definição do sistema fechado, para que assim haja uma fácil compreensão do que se trata o sistema aberto.

Sistema aberto é aquele “apoiado na jurisprudência, admite a incompletude, a capacidade de evolução e a modificabilidade do sistema, impregnando-o de dinamicidade em desenvolvimento paulatino e contínuo. Neste sistema, não há formação rígida de previsões normativas, havendo, portanto, espaços para a ponderação de critérios”.

---

<sup>10</sup> ROSENVALD, *ibid*, p. 28.



Com a edição destes conceitos é permissível ao Juiz, quando do julgamento de um conflito e consequente aplicação do direito, julgar o fato apoiado em valores sociais posto que tenha fundamento nas cláusulas gerais.

O que caracteriza a cláusula geral é o emprego de expressões ou termos vagos no delineamento da *fattispecie*, trazendo mobilidade à cláusula em decorrência de sua abertura semântica. A mobilidade do sistema existe porque ocupa a norma uma posição intermediária entre a previsão rígida e cláusula geral.

Diante de um sistema relativamente aberto e móvel, algumas pessoas temem a adoção das cláusulas gerais, fundadas num pedido de discricionariedade e acreditando haver um direito dos juízes. É nítida a visão de que o convencimento do magistrado não se funda em um mero sentimento irracional, pois, ao julgar determinada demanda, o magistrado fundamenta o seu convencimento amparado em fatos objetivamente justificáveis, conforme as exigências legais e os princípios constitucionais. Ademais, a atividade do Juiz de criar encontra limites no contrato e nos princípios norteadores do direito.

A cláusula geral, instituída pela técnica legislativa, mesmo que investida de um alto grau de vagueza, mas que não se confunda com princípios jurídicos, intencionalmente posta no ordenamento pelo legislador, infiltrará em setores fundamentais do ordenamento abrangendo uma grande variedade de casos, promovendo uma maior mobilidade ao sistema, cabendo ao judiciário interpretar e criar, permitindo que, por meio da jurisprudência, estes precedentes possam ser aplicados a hipóteses semelhantes.

As cláusulas gerais derrubaram a barreira que existia entre o Direito Público e o Direito Privado, divisão esta que não mais se diz condizente com a atual realidade econômica e social do país, constitucionalizando o Direito Privado por meio de valores

trazidos a legislação civil pelos princípios constitucionais, consistindo assim em uma integração intersistemática, onde passa a existir uma migração de valores constitucionais para o Código Civil. Com a ocorrência dos princípios e valores constitucionais na legislação civil, passa a incidir a despatrimonialização do Direito Privado, onde a prioridade é a pessoa humana, e tanto o contrato como a propriedade, passaram a atender uma função social, lembrando que em tais institutos se verificava a plena autonomia privada das partes.

## **5. O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA.**

Tal preceito é uma inovação da atual legislação civil posto que não se encontra correspondência na legislação de 1916.

A boa-fé tratada aqui é a chamada boa-fé objetiva, a legislação anterior fazia referência à boa-fé subjetiva, fazendo-se necessário conceituá-las, uma vez que não são a mesma coisa.

Caio Mário difere a boa-fé objetiva da boa-fé subjetiva da seguinte maneira <sup>11</sup>:

Ela não se qualifica por um estado de consciência do agente de estar se comportando de acordo com o Direito, como ocorre com a boa-fé subjetiva. A boa-fé objetiva não diz respeito ao estado mental subjetivo do agente, mas sim ao seu comportamento em determinada relação jurídica de cooperação. O seu conteúdo consiste em um padrão de conduta, variando as suas exigências de acordo com o tipo de relação existente entre as partes.

A boa-fé objetiva deve ser avaliada sob o prisma externo, buscando avaliar a conduta do indivíduo, pouco importando neste caso o seu estado psicológico. O que se

---

<sup>11</sup> PEREIRA, op. cit., p. 20.

busca não é saber se o indivíduo agiu de boa-fé, entretanto é saber se agiu de acordo com a boa-fé.

A antítese da boa-fé objetiva não é a má-fé, a má-fé é detectada na boa-fé subjetiva, em que o agente tem a consciência de estar praticando o ato em prejuízo de outrem. A boa-fé subjetiva é justamente o oposto, o manifestante acredita que sua conduta seja correta, levando em consideração o grau de conhecimento que possui de um negócio. Para o agente, existe um estado de consciência ou psicológico que deve e merece ser levado em consideração, pois a pessoa acredita ser titular de um direito que na realidade não possui que somente existe aparentemente.

Ao estabelecer a boa-fé nas relações contratuais, a lei civil está programou outra concepção sobre o instituto, à qual a doutrina denomina de objetiva, onde a sua finalidade é impor aos contratantes uma conduta de acordo com os ideais de honestidade, lealdade, cooperação e respeito à confiança que uma parte deposita à outra, independentemente do subjetivismo do agente.

Uma forte crítica encontrada na maioria das doutrinas foi a de que o legislador instituiu que a boa-fé objetiva seja observada na conclusão e na execução do pacto, não cuidando de instituir que o referido princípio seja observado também tanto na fase pré-contratual bem como na fase pós-contratual (após a sua extinção).

Venosa faz a seguinte ressalva sobre o assunto <sup>12</sup>:

Tanto nas tratativas como na execução, bem como na fase posterior do contrato já cumprido (responsabilidade pós-obrigacional ou pós-contratual), a boa-fé objetiva é fator basilar de interpretação. Dessa forma avalia-se sob a boa-fé objetiva tanto a responsabilidade pré-contratual, bem como a responsabilidade contratual e a pós-contratual. (p.394).

---

<sup>12</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Teoria Geral das Obrigações Contratuais*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 394.

Tal crítica já encontra resposta dentro da própria doutrina, haja vista ser permissível fazer interpretação extensiva da norma como foi explicitado acima, não sendo assim permissível aos sujeitos da relação contratual desprezar estes deveres acessórios de conduta. Para corroborar a nossa ideia, podemos citar um exemplo, banal, mas que retrata e justifica a crítica ao período pré-contratual. Imaginemos um noivo que venha a ser abandonado no altar pela noiva que sai em fuga com o seu amante, sem motivo justificado. Ao noivo é dado o direito de pleitear indenização por danos materiais e morais, uma vez que além dos prejuízos psicológicos e materiais causados pela atitude da noiva, ela criou uma expectativa de direito vindo a frustrá-la de maneira injusta.

Com isso, conclui-se que a boa-fé tem função integrativa de deveres de comportamento das partes não somente na vigência do contrato, bem como antes e depois, onde se fala da responsabilidade pré-contratual e pós-contratual.

Vem à boa-fé objetiva, além de todas as outras funções acima descritas, censurar e reprimir todo o abuso de direito que tinha como máxima a famosa frase “tudo o que não é proibido é permitido”, devido ao fato de que, existem situações e condutas que não violam diretamente uma norma, mas encontram-se investidas de antijuridicidade e revestidas de um caráter maléfico. Até 2002, existiam alguns casos em que até a tutela do Estado, posto que a lei em uma leitura literal, dava amparo à conduta desumana e desonrosa de certos indivíduos. Agora isso não é mais permissível, tendo em vista ser a boa-fé uma espécie de guardiã, e por meio dela poderá ser verificado se o ato lícito cometido no pleno exercício da autonomia privada não virá a se converter em ato ilícito e conseqüente abuso de direito.

## CONCLUSÃO

Chegando ao final deste estudo, nota-se que os princípios sociais dos contratos ganharam espaço no ordenamento civil quase um século após a concepção e vigência do anterior Código Civil, quando a ideologia liberal tinha se tornado incompatível com a ideologia constitucionalmente estabelecida em 1988, valorando o Estado Social Brasileiro.

A busca pelo bem individual como forma de satisfação pessoal e consequente satisfação social caiu por terra, pois, o individualismo tomou proporções realmente inversas à intenção do legislador de 1916, que havia seguido o modelo legislativo dos ordenamentos europeus, onde o positivismo jurídico e o liberalismo individual tinham força.

Nota-se que, mesmo com um atraso de quase 30 anos, o Código Civil trouxe uma evolução no seu bojo ao inserir a função social do contrato e a boa-fé objetiva, constitucionalizando a presente legislação civil e atendendo às necessidades de toda a coletividade, posto que o ato de contratar fundado na convenção das partes não passa de mera falácia histórica, uma vez que contratar nos dias atuais tornou-se uma necessidade, uma questão de sobrevivência na sociedade capitalista em que vivemos.

Por meio da função social do contrato, fundado no princípio da socialidade, princípio da eticidade e da boa-fé objetiva, poderá o magistrado analisar as cláusulas contratuais e fundados nestes mesmos princípios não terá que se ater aos princípios antes norteadores do contrato, a saber: princípio da liberdade individual, princípio da obrigatoriedade dos contratos, dentre outros.

Baseado nestes princípios, a lei permite que o magistrado atue e se for o caso até anule o que fora convencionado, evitando assim abusos da parte mais forte da relação contratual em desfavor da parte hipossuficiente, diante da inferioridade social, econômica e cultural, sejam submetidas a alguma armadilha contratual que as coloquem em desvantagem, exigindo dos contratantes, um comportamento transparente, digno, onde não prepondere a ganância lucrativa, mas a dignidade da pessoa humana.

Com a função social do contrato, não basta que o contrato seja satisfatório para as partes contratantes, se o contrato interferir na coletividade de maneira prejudicial, é facultado a qualquer dos prejudicados ingressar em juízo para pedir a revisão e consequente abstração do fato ou ato que lhe prejudicava.

A boa-fé objetiva vem reforçar ainda mais o caráter contratual, visto que, as partes contratantes devem sempre atuar em respeito à honestidade e lealdade à outra parte. Impossível seria consumir uma relação negocial se ambas as partes estivessem investidas de uma conduta e intencional de prejudicar o outro.

Desta forma, a função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva são institutos que moralizam, dinamizam, aperfeiçoam a relação contratual no atual contexto social. Nota-se o respeito não só com o próximo, mas também com a coletividade que nos cerca.

## **REFERÊNCIAS**

Brasil. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891. Artigos 1 e 173, Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm)>. Acesso em 18 set. 2014.

\_\_\_\_\_. Código Civil. Decreto-lei 3.689 de 03 de outubro de 1941. Artigos 421,422. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del0406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0406.htm)>. Acesso em 18 set. 2014.

\_\_\_\_\_. Código de Processo Penal. Decreto-lei 3.689 de 03 de outubro de 1941. Artigo 654§ 2º. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em 18 set. 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. V.III, 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

REALE, Miguel. Vicente. Visão geral do projeto de código civil. *Revista dos tribunais* n. 752. 8. ed. jun.1998. p. 22-30.

ROSENVALD, Nelson. *Direito das obrigações*. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

TARTUCE, Flávio. *A função social dos contratos*. Do código de defesa do consumidor ao novo código civil. 2. ed. São Paulo: Método, 2005.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Teoria geral das obrigações contratuais*. 4. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2004.