

AS TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO CONTRATUAL: FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E BOA-FÉ OBJETIVA

Simone de Almeida Carrasqueira*

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo analisar as transformações ocorridas no direito contratual com o surgimento de novos princípios que se põem ao lado dos princípios clássicos da teoria geral dos contratos. Na primeira parte são apontados os principais fatores que contribuíram para o primado da vontade e o desenvolvimento da proteção da confiança, bem como a intervenção do Estado na ordem econômica, visto que o liberalismo não foi capaz de promover a igualdade entre os seres humanos e o bem estar social. Aborda-se, ainda, o direito contratual como reflexo das mudanças no cenário econômico, analisando-se a reformulação da concepção da autonomia necessária à formação do vínculo contratual. A seguir são traçadas algumas considerações sobre o significado e alcance do princípio da função social do contrato à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, dos valores solidaristas insculpidos na Constituição Federal e no Código Civil. Por fim, discorre-se sobre a evolução em alguns textos normativos, espécies e funções do princípio da boa-fé, que corresponde à eticidade nas relações jurídicas.

PALAVRAS-CHAVE: Função social do contrato. Boa-fé. Transformações do direito contratual. Dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT: *This article intends to analyze the transformations occurred in the Contract Law with the appearance of new principles that are applicable jointly with*

* Mestra em Direito Econômico pela Universidade Gama Filho. Pós-graduada em Advocacia Pública pela Escola Superior de Advocacia Pública/FGV. Pós-graduada em Direito da Economia e da Empresa pela Fundação Getúlio Vargas. Professora nos Programas de Pós-Graduação *lato sensu* do IBMEC e da Universidade Candido Mendes. Advogada da Petrobras.

the classic principles of the General Theory of Contracts. In the first part of this article the main factors that contribute to the supremacy of will and development of trust protection are pointed out as well as, the State intervention in economic law, in that liberalism has not been able to promote equality among human beings and social welfare. Also covered is contract law as a reflex of the changes in the economic scenario, analyzing the reformulation of the conception of the necessary autonomy for the formation of the contractual bonding. Next, some considerations are raised in relation to the meaning and extension of the social function of the contract based on the principle of personal human dignity, the values of solidarity stated in the Federal Constitution and in the Civil Code. Finally, the article analyses the evolution in some law statutes, kinds and functions of the good-faith principle, that correspond to the ethics in the relations.

KEY-WORDS: *Social function of the contract. Good-faith. Transformation of the contract law. Personal human dignity.*

SUMÁRIO: 1. O Direito Social e a Crise do Modelo Clássico. 1.1. A Concepção Tradicional do Contrato. 1.2. O Surgimento do Estado Social. 1.3. Dirigismo Contratual e Produção em Massa. 1.4. As Transformações do Direito Contratual Contemporâneo e a Autonomia Privada. 2. A Função Social do Contrato. 2.1. A Despatrimonialização ou Funcionalização do Direito. 2.2. O Novo Código Civil e a Aplicação da Norma. 3. A Boa-Fé Objetiva. 3.1. A Evolução do Princípio da Boa-Fé. 3.2. As Funções da Boa-Fé Objetiva. Conclusões. Referências Bibliográficas.

1. O Direito Social e a Crise do Modelo Clássico

1.1. A CONCEPÇÃO TRADICIONAL DO CONTRATO

O século XIX foi a era do liberalismo na ordem política e econômica, quando predominava a igualdade formal e o positivismo científico. O direito era um sistema de preceitos e decisões derivados de princípios deduzidos racionalmente sem levar em conta considerações éticas, políticas e econômicas.

Importava assegurar os direitos de primeira geração¹, isto é, a liberdade dos indivíduos face ao Estado e, em última análise, o desenvolvimento da burguesia, desconsiderando as desigualdades cada vez mais acirradas, entre as diversas camadas sociais. A concepção clássica do contrato concebia a vontade como causa primeira do direito, exigindo-se, para seu implemento, a ausência do Estado, cuja função era assegurar as regras do jogo².

As teorias econômicas e o liberalismo, que concebiam o contrato como instrumento necessário à livre circulação de riquezas, são consideradas

por CLÁUDIA LIMA MARQUES³ como uma das principais origens da doutrina da autonomia da vontade. Acreditava-se que o contrato traria em si uma natural eqüidade, proporcionando a harmonia social e econômica se fosse assegurada a liberdade contratual.

Além disso, o direito canônico, a teoria do direito natural e teorias de ordem política e a Revolução Francesa teriam sido fundamentais para a concepção tradicional do contrato.

Ressalta a autora que o *direito canônico* contribuiu decisivamente para a formação da doutrina da autonomia da vontade, ao defender a validade e a força obrigatória da promessa por ela mesma. Nesta senda, impunha-se a sacralidade dos contratos, uma vez que a palavra empenhada e manifestada a outra pessoa era tida como sagrada e o seu descumprimento configurava o pecado⁴.

A *teoria do Direito natural* é a base teórico-filosófica mais importante na formação dos dogmas da autonomia da vontade e da liberdade contratual. “Com Kant a pessoa humana torna-se ente da razão, uma fonte fundamental do direito, pois, é através de seu agir, de sua vontade, que a expressão jurídica se realiza”⁵. A vontade interna, manifestada sem vícios, é a verdadeira fonte dos direitos e obrigações e a liberdade de contratar, uma das liberdades naturais do homem que só pode ser restringida pela vontade.

As teorias de ordem política e a Revolução Francesa, com destaque para a teoria do contrato social, por sua vez, vêm reafirmar o dogma da vontade livre, na medida que a autoridade estatal encontra seu fundamento no consentimento dos sujeitos de direito.

É necessário renunciar através do contrato social, mas a própria renúncia é expressão do valor da vontade. O contrato é, assim, não só a fonte das obrigações entre indivíduos, ele é a base de toda a autoridade. (...) O contrato não obriga porque assim estabeleceu o direito é o direito que vale porque deriva de um contrato⁶.

Consoante lições de ORLANDO GOMES⁷, o voluntarismo jurídico surgiu e alcançou seu apogeu no século XIX, devendo-se atribuir sua formulação, principalmente, aos juristas alemães. De acordo com essa concepção, a vontade humana é o fator essencial na criação, modificação e extinção dos direitos e obrigações.

Duas teorias procuraram explicar o primado da vontade. São elas a *teoria da vontade* e a *teoria da declaração*.

A *teoria da vontade*, defendida por SAVIGNY e WINDSCHEID compreendia a vontade interna não apenas como o suporte da declaração, mas a *força criadora dos efeitos do negócio jurídico*, não passando esta de meio pelo qual chega aquela ao conhecimento dos outros. Havendo divergência entre a vontade e a declaração, a decisão pende em favor da vontade em detrimento da declaração, que não passa de simples processo de sua revelação.

Esta teoria pressupunha a superioridade da vontade sobre a lei, devendo o direito amoldar-se à vontade, protegê-la, interpretá-la e reconhecer sua força criadora. Ao direito cabia a tarefa de assegurar que a vontade criadora do contrato fosse livre de vícios e de defeitos.

Em contrapartida, de acordo com a *teoria da declaração*, construída por LIEBE e BULOW, “a vontade interna não chega a ser sequer um elemento componente do negócio jurídico, porque não passa de fase passageira de sua gênese, sendo uma causa e não um de seus elementos constitutivos”⁸. Na interpretação dos negócios jurídicos *interessa o sentido normal da declaração*.

Destarte, enquanto os adeptos da teoria da declaração sustentam que não há necessidade da intenção dirigida para um resultado jurídico, os proponentes da teoria da vontade a consideram indispensável.

Com a *teoria da confiança*, originada pelo pensamento de GROTIUS, a posição marcadamente individualista é abandonada. A vontade exteriorizada suficientemente mediante palavras constitui *declaração que se tem como verdade frente ao declarante*. Assim sendo, “a declaração de vontade é eficaz, ainda quando não corresponda à vontade interna do declarante, se o destinatário não souber, ou não puder saber, que não corresponde à vontade”⁹.

Ocorre uma valorização da declaração de cada parte, dando-lhe o significado que a outra de boa-fé pode atribuir-lhe. Objetiva-se, portanto, a estabilidade das relações jurídicas com a redução do papel da vontade, a partir da *confiança determinada pela declaração*, sob o fundamento de que o direito deve visar antes à certeza do que à verdade.

Surge, então, a tutela da confiança, não como um retorno ao voluntarismo, mas como forma de *realização da função social do contrato* e com ela o repensar das relações jurídicas em torno da pessoa e sua revalorização como centro das preocupações do ordenamento civil.

1.2. O SURGIMENTO DO ESTADO SOCIAL

Impulsionado pelos movimentos populares que postulavam muito mais que a liberdade e a igualdade formais, entram em voga os direitos de se-

gunda geração, ou seja, os direitos sociais¹⁰. O grande golpe contra o Estado Liberal, no entanto, ocorreu a partir do reconhecimento dos direitos de terceira geração, de natureza transindividual, visando à proteção de interesses que escapavam aos dos figurantes da relação negocial.

O marco da passagem do Estado Liberal para o Estado Social ocorre quando da superação do dogma da autonomia da vontade como marco balizador do direito. Esta passagem não suprimiu o princípio da autonomia da vontade, apenas reduziu a sua importância.

Conforme preceitua PAULO BONAVIDES¹¹, o Estado Social nasce a partir da intervenção ideológica do socialismo, mas conserva a sua adesão à ordem capitalista, princípio cardeal que não renuncia. Há que se distinguir, portanto, o Estado Social do Estado Socialista, uma vez que aquele se compadece com regimes políticos antagônicos¹².

O Estado Social caracteriza-se pela atenuação da influência ou domínio da burguesia, exercidos incontrastavelmente no liberalismo. Surge o Estado de todas as classes como fator de conciliação e, com ele, o reconhecimento dos direitos do proletariado, dentre os quais os direitos políticos¹³. O Estado passa a exercer influência em quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área de iniciativa individual, com vistas à superação da contradição entre a igualdade política e a desigualdade social e econômica.

A crise do liberalismo decorre justamente da incapacidade de solucionar as contradições sociais, isto é, de resolver os problemas econômicos da classe proletária despossada de todos os bens.

Por este motivo a instituição do sufrágio universal foi fundamental para a subsistência dos ideais liberalistas, representando uma das mais penosas conquistas revolucionárias, processadas no âmago do conflito entre o trabalho e capital. Representou uma concessão que salvou e preservou ideologicamente a idéia de liberdade moderna, liberdade como valorização da personalidade, agora já no âmbito da democracia política, vinculada ao Estado Social. Por outro lado, o sufrágio universal ensejou uma reformulação do socialismo, pois eliminou da mudança social o recurso à violência revolucionária¹⁴.

1.3. DIRIGISMO CONTRATUAL E PRODUÇÃO EM MASSA

Na ideologia liberal a atividade econômica era desenvolvida segundo regras que configuravam uma autêntica "*Ordem Privada Econômica*". Até que ocorresse a intervenção legislativa, existia um completo divórcio entre os princípios liberais e a realidade, e como resultado imediato da "*livre*

manifestação da vontade” os indivíduos viviam sob a égide de um “*dirigismo privado*”.

Diversas mudanças no cenário econômico propiciaram a reformulação das relações jurídicas. A introdução de máquinas e as novas tecnologias no processo produtivo ensejaram a substituição do trabalho humano por máquinas, a produção em série e as concentrações humanas nos centros urbanos. Em consequência, surge a classe operária, bem como o acirramento da concorrência, sendo imprescindível para a sobrevivência das unidades econômicas a minimização de custos, a conquista de novos mercados e a racionalização na atuação das empresas. No lugar dos indivíduos e das empresas isoladas, a concorrência passou a ser exercida no universo do capitalismo de grupo, dando azo ao monopólio, ou aos efeitos que lhe assemelham¹⁵.

Dá-se o fenômeno da globalização, com as grandes organizações industriais e comerciais gerando intercâmbios a nível nunca dantes imaginados. Sobrevém a sociedade de massa na qual a escala de satisfação das necessidades não permite regateios sobre qualidade e preço e, muito menos, a decisão de não adquiri-los.

A partir da necessidade de compatibilizar-se liberdade contratual com justiça, o Estado passa a intervir com maior intensidade na economia e, especialmente, nos contratos, instrumento vital para os negócios. O dirigismo ou intervencionismo contratual é uma das manifestações eloqüentes do que em Direito Econômico denomina-se efetivação da política econômica por intermédio do contrato¹⁶, sendo decisivo para a atualização da teoria contratual. Esta teoria passa a ser relida conforme a realidade do Estado intervencionista moderno ajustado à ideologia neoliberal.

A Constituição Federal (“CF”) de 1988 influiu decisivamente para a intervenção do Estado nos negócios privados. Ao contrário das anteriores, a Carta vigente reservou um título para a ordem econômica e financeira e outro para a ordem social¹⁷, que, segundo PAULO LUIZ NETTO LOBO, são “*a própria e máxima fundamentação do dirigismo contratual*”¹⁸.

Neste momento a intervenção do Estado teve por objetivo suprir as deficiências da iniciativa privada, operando-se a publicização do direito, a partir do princípio da funcionalidade e da socialização do contrato, com o predomínio do social sobre o individual. Por conseguinte dá-se um contínuo alargamento da noção de ordem pública, com a integração de considerações e conceitos de cunho econômico¹⁹.

O dirigismo contratual vem provocar reflexões sobre o direito das obrigações e dos contratos introduzindo novos princípios. Pelo princípio da intangibilidade dos contratos, enunciado pelo brocardo *pacta sunt servanda*,

o contrato faz lei entre as partes, não sendo possível rever os seus termos, uma vez definidos por vontades livres e conscientes. Ocorre que a partir da constatação dos desequilíbrios econômicos gerados por variados fenômenos, foi sendo construída a teoria da revisão, com vistas ao restabelecimento do equilíbrio rompido por razões externas e imprevisíveis. Persegue-se a equivalência das prestações, de modo que a justiça da troca ou justiça comutativa, tende a assumir novos contornos, levando-se em conta uma equivalência substantiva entre as prestações.

De acordo com o princípio do consensualismo, a declaração de vontade é suficiente para o estabelecimento do vínculo jurídico. Todavia, conforme destacam CARLOS ALBERTO BITTAR e CARLOS ALBERTO BITTAR FILHO²⁰,

a contínua ingerência do Poder Público nos negócios da economia e a ação das grandes concentrações de empresas para ajustar-se transformaram sensivelmente o espectro deste princípio, fazendo subordinar os contratantes a regulamentos e a contratos rígidos e padronizados, que não possibilitam discussões prévias. Isso acarreta limitação à declaração, que passa a constituir-se em mera aceitação a modelos e fórmulas predeterminadas²¹.

O princípio da relatividade das partes, pelo qual o contrato produz efeitos na esfera dos contratantes, é ponderado pela função social do contrato, mediante o qual o contrato deixa de ser encarado como ato exclusivo das partes, desconsiderados os seus efeitos sobre terceiros.

O contrato não se limita a vontade, antes busca discipliná-la, pautando-a pelos parâmetros da equidade, materializada na equivalência das prestações²². Há a preocupação com o salvamento do contrato sempre que sua invalidade não seja decorrência de grave defeito, a fim de tornar efetivo o negócio como ato querido pelos contratantes.

A partir da nova teoria geral dos contratos, a autonomia é tida como poder-função, de forma que os atos de iniciativa devem se reportar a valores dignos de proteção pelo ordenamento²³. Significa dizer que o contrato deve ajustar-se a parâmetros que levam em conta a dimensão coletiva dos conflitos sociais subjacentes. Assim sendo, o intervencionismo não busca afastar a noção de liberdade contratual, mas garanti-la, preservando a principal função do contrato, qual seja, servir de instrumento de segurança das expectativas.

1.4. AS TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO CONTRATUAL CONTEMPORÂNEO E A AUTONOMIA PRIVADA

As transformações ocorridas no direito contratual contemporâneo têm como fatores a inclusão de novos valores de bem-estar e justiça distributiva, as mudanças do próprio mercado e sua organização, bem como a mudança da racionalidade jurídica²⁴. A identificação da tendência social, em oposição à individualista, introduz no debate jurídico o elemento moral, propiciando a flexibilização do primado da autonomia da vontade, uma vez que foi revelada a falácia da plena igualdade das partes.

Conforme observa OLNEY QUEIROZ ASSIS²⁵

... a liberdade como autonomia da vontade, na perspectiva do relacionamento de um ser livre com outro ser igualmente livre, permite perceber, principalmente no contrato de adesão, que o exercício da autonomia da vontade de um é sempre limitado pelo exercício da autonomia do outro. Desse modo, as relações contratuais fundadas na autonomia da vontade envolvem correlações de força, na qual uma das partes pode impor a sua vontade (poder) e, com isso, limitar a autonomia da outra ao extremo. Dado que ocorre sempre uma interferência limitadora da liberdade de um pela liberdade do outro, o princípio da autonomia da vontade é uma mera ilusão e, ato contínuo, a liberdade que equaliza as partes e estabelece o princípio da igualdade também não passa de uma simples aparência.

A idéia de autonomia está diretamente associada à possibilidade de escolha. Com o reconhecimento de que os indivíduos estão imersos num mundo repleto de leis inexoráveis e padrões sociais petrificados, não faz sentido prolar-se uma liberdade individual incondicionada. *“Há, pois, vínculos muito estreitos entre liberdade e necessidade”*²⁶.

Desta forma, a superação de matrizes filosóficas e políticas da concepção voluntarista cedem espaço para a revisão da teoria do negócio jurídico, que tem sua razão de ser na exigência de se reconhecer e regular a autonomia privada²⁷. O negócio jurídico não pode ser visto como um comando, na medida que o comando postula uma posição de supremacia de um sujeito sobre o outro a ele subordinado e a ninguém é permitido impor a outrem norma vinculante, por força própria.

Ao abandonar o dogma da vontade, a teoria que conceitua o negócio jurídico como instrumento da autonomia privada é impregnada de sentido

social²⁸. O negócio jurídico deixa de ser definido como declaração de vontade destinada a produzir efeitos jurídicos, para ser o ato de autonomia privada que compromete o sujeito na conduta conforme regulamento dos interesses estabelecido neste ato.

A autonomia privada caracteriza-se como poder dos privados de autonomamente governarem seus destinos, isto é, da auto-regulação dos interesses particulares. Trata-se da possibilidade de fazer valer as decisões individuais com força normativa²⁹.

O reconhecimento da autonomia privada assenta na circulação de bens, estando limitada em função da concentração de capitais e da intervenção do Estado e, como fator de equilíbrio, pressupõe a atribuição de responsabilidade³⁰.

No liberalismo a responsabilidade pela conduta danosa só podia ser atribuída àquele que agia de modo censurável, ensejando a responsabilidade culposa. Quando a vontade deixa de ser um dogma, a *responsabilidade deixa de ser resultado de uma conduta censurável para tornar-se uma consequência de um risco assumido* de causar dano a outrem, fundamentando a responsabilidade objetiva³¹.

A autonomia privada está refletida constitucionalmente no princípio da livre iniciativa, fundamento não apenas da ordem econômica (CF, art. 170, *caput*), como também da República Federativa do Brasil, mas também está conectada a uma série de outros princípios como a função social da propriedade, a defesa do consumidor e defesa do meio-ambiente. Diante disto, *a autonomia da vontade no quadro do direito social não apenas se relativiza, mas passa a ser funcionalizada*.

A autonomia privada não é mais ou menos importante que os outros princípios, mas, conforme a compreensão constitucional, os seus fundamentos impõem um perfil e não uma limitação, uma vez que inexistirá o poder privado em dadas circunstâncias³². Não é possível limitar-se aquilo que não existe.

Significa dizer que a incidência dos princípios constitucionais funcionaliza a própria compreensão genética da autonomia privada, de modo que não há que se falar em autonomia, se ela não estiver condicionada à utilidade social que a circulação de bens e serviços possa representar.

Subsiste o reconhecimento do papel relevante da vontade como elemento formador dos vínculos obrigacionais sem desconsiderar que a liberdade é fundamento e pressuposto da justiça. Por outro lado, desponta a necessidade de repartir a liberdade entre os contratantes, a partir de uma flexibilização tanto do direito subjetivo, quanto do dogma da vontade, ponderando-se a autonomia individual com a solidariedade social.

Constata-se, deste modo a inadequação da teoria geral clássica assentada no dogma da vontade. A teoria clássica, que buscava chegar a um conceito que desse conta de todas as relações contratuais, é obrigada a restringir o seu território, sob pena de reduzir-se qualitativamente.

A nova teoria geral dos contratos, por sua vez, preocupa-se em estabelecer critérios de diferenciação dos contratos, não se baseando mais num único paradigma. Tem como protagonista o ser humano contextualizado – o consumidor, o idoso, o trabalhador, etc – ao contrário do indivíduo da teoria clássica que se define por uma falta de vínculos históricos e sociais. O objetivo da nova teoria é identificar características específicas de certos tipos contratuais, fornecendo parâmetros ao juiz para resolução de casos concretos.

Por conseguinte, os princípios clássicos perdem a sua hegemonia, surgindo novos princípios que interferem na autonomia da vontade. Tais princípios aparecem primeiramente no Código de Defesa do Consumidor (“CDC”)³³, sendo posteriormente transplantados para o Código Civil (“CC”)³⁴. Cumpre esclarecer que não há anulação dos princípios que fundaram o modelo clássico que são, no entanto, modificados em seus aspectos essenciais. Vale dizer, a nova principiologia não é antagônica à autonomia da vontade, porém invalida o principal pressuposto que presidiu à formulação clássica do princípio da liberdade contratual.

2. A Função Social do Contrato

2.1. A DESPATRIMONIALIZAÇÃO OU FUNCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

Com a constitucionalização do direito civil ocorre a migração de princípios constitucionais, como o princípio da dignidade humana, para o âmbito privado. Deste processo resulta, de um lado, a despatrimonialização do direito privado e, de outro, a repersonalização do direito civil, a fim de compatibilizá-lo com os valores fundados na dignidade da pessoa humana. A repersonalização reencontra a trajetória da longa história da emancipação humana, no sentido de repor a pessoa humana no centro do direito civil³⁵. A proteção da propriedade e da empresa não ocorre em si mesma, mas somente enquanto destinada a efetivar valores existenciais, realizadores da justiça social.

A ótica constitucional centrada no princípio da dignidade humana, também atribui novos fundamentos e contornos à liberdade contratual. Neste cenário a função social não se apresenta como um mero conceito jurídico indeterminado, porquanto se põe como um princípio jurídico a fundamentar um expressivo conjunto de regras e institutos.

De fato os princípios constitucionais de cunho solidarísticos são revelados, principalmente, através das relações contratuais, a despeito de a função promocional do direito estar vinculada a diversos institutos específicos, como a propriedade e a família. São as relações contratuais que dinamizam o sistema econômico capitalista, irradiando seus efeitos para além de uma relação jurídica específica³⁶. Há um entrelaçamento de diversos contratos estabelecidos entre os vários elos da cadeia produtiva, de modo que a existência de uma relevância social dos contratos, extrapolando a esfera individual, projeta o princípio da solidariedade, previsto no art. 3º, I da CF, no plano contratual.

O contrato é visto como um instrumento a serviço da pessoa, sua dignidade e desenvolvimento. Trata-se de um desdobramento do princípio da tutela da dignidade da pessoa humana, que, também está presente como corolário do valor social da livre iniciativa (CF, art. 1º, IV) e como princípio componente da ordem econômica constitucional (CF, art. 170 e seg.).

A noção de cooperação entre os membros de uma sociedade, cuja soma e integração são vitais para a estruturação e funcionamento desta sociedade, está relacionada à introdução da eticidade nas relações contratuais³⁷. Os direitos e faculdades individuais não são imiscíveis às necessidades sociais, uma vez que o indivíduo só pode construir a sua vida em sociedade.

Conseqüentemente, o contrato não é impermeável às condicionantes sociais que o cercam e que são por ele próprio afetadas. É um fato social do qual os terceiros não estão nem devem estar indiferentes. O contrato não deve ser visto como uma relação jurídica que só interessa às partes contratantes, porém como fenômeno transcendente aos seus interesses, cujos efeitos devem ser ampliados sempre que tal extensão tenha por fim garantir a previsibilidade e a segurança das relações contratuais.

O contrato é, portanto, um verdadeiro instrumento de convívio social e de preservação de interesses da coletividade, visando à conservação da espécie. Além disso, promove a aproximação, pelo dinamismo das permutas, dos pólos extremos do processo econômico, quais sejam, a produção e o consumo³⁸. É com o respaldo no contrato, que a sociedade, preserva organicamente, encontra a trilha do desenvolvimento sem sobressaltos.

A funcionalização atribuí ao contrato uma determinada finalidade a ser cumprida, que não corresponde apenas aos anseios individualistas dos contratantes. Fala-se em um poder-dever, de forma que a faculdade de obrigar-se está umbilicalmente associada ao cumprimento do fim por meio do qual o interesse em questão é juridicamente protegido³⁹. Não há impedimentos para que as pessoas naturais ou jurídicas concluam o negócio no escopo de realizar os mais diversos valores. *“O que se exige é que o acor-*

*do de vontades não se verifique em detrimento da coletividade, mas represente um dos meios primordiais de afirmação e desenvolvimento*⁴⁰.

Este princípio representa a coadunação do interesse privado ao interesse público e corresponde ao rompimento do padrão retributivo de justiça representado pela velha noção do *suum cuique tribuere*, (dar a cada um o que é seu), consagrada pelos romanos e pelos pensadores medievais⁴¹.

2.2. O NOVO CÓDIGO CIVIL E A APLICAÇÃO DA NORMA

O art. 421 do Código Civil de 2002, determina que a liberdade será exercida em razão e nos limites da função social do contrato⁴². Tais palavras afastam o individualismo jurídico arquitetado por Clóvis Beviláqua, que buscou inspiração no Código Civil francês e nos ideais revolucionários que influenciaram a sua gênese⁴³.

Este dispositivo é reforçado pelo parágrafo único do art. 2.035 que dispõe que nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos pelo Código Civil para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

O princípio da função social do contrato, diz respeito à necessidade de que o contrato absorva interesses meta-individuais, atenuando, o primado da autonomia da vontade⁴⁴. Considerando que a função social do contrato é instrumento de realização do projeto constitucional, é equivocada a conceituação da função social como algo contraposto ao direito subjetivo, como se ela o delimitasse apenas externamente. Tal qual ocorre com o princípio da autonomia privada⁴⁵, os direitos e obrigações oriundos do contrato são protegidos somente enquanto em consonância com os interesses coletivos.

Também é necessário esclarecer que a função social do contrato não deve ser interpretada como proteção especial do legislador em relação à parte economicamente mais fraca. Conforme ressalta ARNOLD WALD:⁴⁶

O atendimento da função social, na área do direito civil, não constitui, pois, uma espécie de ação afirmativa em virtude da qual os interesses do contratante mais fraco deveriam merecer maior proteção. Significa tão-somente que a finalidade do contrato não deve ser distorcida no interesse de uma das partes e em detrimento da outra.

O comportamento abusivo, que repercute negativamente nas expectativas do outro contratante quanto ao negócio jurídico celebrado, deve ser

repelido em qualquer caso. Destarte, a função social do contrato cria para ambos os contratantes o dever de velarem para que a outra parte obtenha o benefício da contratação. Por este motivo, o princípio da função social *“constitui cláusula geral, que reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas”*⁴⁷.

Cabe ressaltar que a socialização não se volta contra o indivíduo, mas sim contra o individualismo centrado na soberania da vontade. A noção de função social convida o intérprete a deixar de lado a ótica voluntarista do direito civil, buscando valores sociais que o ordenamento institui como fundamentos de todos os ramos do Direito, tais como a justiça, igualdade, solidariedade e demais valores essenciais à tutela da dignidade humana.

A partir desta premissa a autonomia da vontade é hoje insuficiente como fundamento da força obrigatória dos contratos, posto que o voluntarismo não serve mais como paradigma unificante da teoria contratual.

Desta forma, o fundamento da força obrigatória do contrato se dá através do princípio da boa-fé, com o surgimento de deveres acessórios, da teoria da lesão autorizando a revisão do contrato, bem como da orientação legislativa de índole intervencionista.

Na prática, a função social do contrato serve como fundamento para conferir a terceiro ação direta em face do devedor inadimplente, quando prejudicado pelo descumprimento de uma obrigação contratual, isto é, terceiros lesados pelo descumprimento de uma obrigação assumida no âmbito de um contrato de cuja formação não participou.

TEREZA NEGREIROS⁴⁸ elucida que:

a tese de que os efeitos do contrato devem ser estendidos a quem não é parte contratante, embora não se possa legitimar frente ao princípio da autonomia da vontade, surge, frente ao fundamento legal da força obrigatória do contrato, como uma necessidade justificável sempre que tal extensão tenha por fim garantir a previsibilidade e a segurança das relações contratuais, ou demais valores a cuja realização o contrato se considere igualmente funcionalizado.

Verifica-se uma transformação na utilização da vontade como critério de qualificação dos contratantes, de modo que, se antes somente a vontade manifestada concedia a condição de parte, segundo a nova teoria contratual, ela não será suficiente para determinar quem encontra-se adstrito aos efeitos obrigatórios de um contrato para o qual não consentiu. Esta extensão dos efeitos do contrato visa garantir a previsibilidade e seguran-

ça das relações contratuais.

É possível citar como exemplo positivado o art. 17 do CDC, que equipara as vítimas do evento ao consumidor para fins de proteção contra acidentes de consumo. Ademais, o CDC institui um sistema de responsabilidade solidária, alcançando todos os fornecedores, ainda que indiretos, enquanto verdadeiros introdutores de risco no mercado⁴⁹, que pode ser analisado sob dois diferentes prismas: a) a mitigação do princípio da relatividade; b) a aproximação entre a responsabilidade contratual e extracontratual, com a desconsideração do elemento culpa. A fraude contra terceiros também é exemplo clássico da possibilidade de terceiros oporem-se ao contrato de outrem.

Por outro lado, a função social do contrato também pode ser invocada pelo credor prejudicado pelo comportamento de terceiro, ensejando a tutela externa do crédito⁵⁰. Em decorrência do princípio da solidariedade contratual é legítima a responsabilização de terceiro que contribui para o descumprimento de uma obrigação originária. Nos dizeres de PIETRO PERLINGIERI⁵¹, *“se o comportamento é lesivo de uma situação juridicamente relevante, não há motivo para excluir a responsabilidade de quem provocou a lesão”*.

A eventual cumplicidade na prática de ato emulativo constitui ela própria um nítido abuso de direito. Logo, se o terceiro conhecia previamente a incompatibilidade entre os sucessivos contratos, o segundo ajuste estará em desacordo com a função social da liberdade de contratar.

Este entendimento também é compartilhado por ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO⁵² que analisa o direito de determinada distribuidora de produtos derivados do petróleo pleitear a indenização em face de outras distribuidoras que não observaram o direito de exclusividade estabelecida entre a reivindicante e o revendedor varejista. O referido autor, após apontar que a função social do contrato é o princípio que mais afeta o caso, conclui que as distribuidoras que venderam combustíveis a posto que deveria observar a exclusividade avençada com outra distribuidora, são solidariamente responsáveis pelas conseqüências do inadimplemento contratual. Tal distribuidora tornou-se cúmplice deste descumprimento, quando estipulou conscientemente com o devedor um contrato incompatível com a obrigação.

Como noticia TEREZA NEGREIROS⁵³, este entendimento, no entanto, não é unânime na doutrina portuguesa, defendendo Vaz Serra, Manuel de Andrade e Almeida Costa, a impossibilidade de terceiro ser responsabilizado pelo inadimplemento de uma obrigação da qual não é parte.

Segundo os mencionados autores, o princípio da relatividade está na base da distinção entre direitos obrigacionais e reais, de forma que, para a responsabilidade de terceiro, é necessário que as circunstâncias denunciem uma particular censurabilidade, não sendo bastante que o terceiro conheça, por exemplo, a

existência do direito convencional de preferência. Esta censurabilidade poderia decorrer da intenção de prejudicar o titular do direito de preferência, suscitando-se, tal qual na velha dogmática, o elemento subjetivo. O problema da lesão ao crédito praticada por terceiro em razão de sua atividade contratual tem como critério de solução a boa ou má-fé deste terceiro.

Todavia, conforme o magistério da autora brasileira, esta corrente não leva em conta a função social do contrato, acarretando a prevalência da autonomia da vontade em detrimento da solução mais justa. A responsabilidade deve ser imposta a quem conscientemente assumiu o risco de causar prejuízo a outrem, prestigiando-se a solidariedade e moralização das relações contratuais.

A controvérsia existente quanto à responsabilização de terceiros é solucionada à luz da distinção entre relatividade e oponibilidade dos efeitos do contrato⁵⁴. É fundamental diferenciar a eficácia das obrigações contratuais e sua oponibilidade.

Ao mencionar-se o princípio da função social do contrato, está-se com isso afirmando que o exercício da liberdade contratual está condicionado pelo primeiro contrato tornando-o oponível *erga omnes*. Todos têm o dever de se abster de práticas de atos que saibam prejudiciais ou comprometedoras da satisfação de créditos alheios.

Entretanto, este fato *“não implica tornar as obrigações contratuais exigíveis em face de terceiros (é o que a relatividade impede), mas impõe aos terceiros o respeito por tais situações jurídicas, validamente constituídas e dignas da tutela do ordenamento (é o que a oponibilidade exige)”*⁵⁵. Desta forma, o contrato não é eficaz, porém oponível em relação ao terceiro.

3. A Boa-fé Objetiva

A boa-fé representa o valor da ética e encontra raízes no dever de lealdade, correção e veracidade⁵⁶. A fundamentação constitucional do princípio está assentada na cláusula geral de tutela da pessoa humana, que requer a valorização da dignidade da pessoa em substituição à autonomia do indivíduo, operando para a reconstrução de uma sociedade solidária, objetivo fundamental da República (CF, art. 3º, I). Sob a luz do princípio da boa-fé, as relações obrigacionais passam a ser encaradas como um espaço de cooperação e solidariedade entre as partes e, sobretudo, de desenvolvimento de personalidade humana.

A boa-fé faz nascer outros direitos e deveres que não envolvem apenas a obrigação de prestar, mas uma obrigação de conduta⁵⁷. Tem como foco

uma conduta que não visa ao próprio bem, mas o bem do parceiro contratual, de modo que a ação deve ser conduzida pela virtude, respeitando as expectativas legítimas razoáveis do parceiro e cooperando para atingir o bem das obrigações⁵⁸.

3.1. A Evolução do Princípio da Boa-Fé

O elemento da boa-fé já era prestigiado desde o Direito Romano – *ius honorarium*, estabelecendo a legislação então vigente em 284 a.C. que a venda realizada por preço menor que o valor real da *res* poderia ser desfeita pelo vendedor, sendo-lhe facultado receber a diferença devida⁵⁹.

A boa-fé esteve presente no Código Napoleônico de 1804, mas é no direito germânico que se desenvolve a boa-fé objetiva, como é concebida atualmente⁶⁰, sendo possível dividir a evolução do princípio em três fases. A primeira fase se estende até o final da primeira guerra e corresponde à fase de geração do princípio, ainda, no entanto, muito mais focado no aspecto meramente formal. A segunda fase se estende até os anos trinta quando ocorre o preenchimento quantitativo do conceito. A última fase, ainda em curso, diz respeito à sistematização do princípio, com a ordenação de âmbitos de regulação e com as novas codificações do seu conteúdo⁶¹.

No Brasil o princípio da boa-fé não foi consagrado pelo Código Civil de 1916 como um mandamento geral, a ser aplicado irrestritamente em toda teoria contratual, muito embora houvesse a previsão da boa-fé subjetiva em assuntos específicos⁶². Apenas excepcionalmente o referido estatuto mencionou a boa-fé objetiva, como é possível verificar pela redação dos arts. 1.443 e 1.444, quando tratou do contrato de seguro⁶³. Como destaca CÉLIA BARBOSA ABREU SLAWINSKI⁶⁴, a falta da regra dificultou a compreensão de todas as funções e do alcance da boa-fé em nosso sistema jurídico, de forma que a doutrina e jurisprudência buscou suprir tal ausência mediante a invocação dos arts. 85 do CC⁶⁵ e 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (“LICC”)⁶⁶.

É no Código Comercial⁶⁷ que o princípio é tratado pela primeira vez como cânone interpretativo, concepção que mais adiante veio a ser reproduzida pelo art. 4º, III, do CDC como critério para a viabilização dos ditames constitucionais sobre a ordem econômica (CF, art. 170). Segundo preceitua RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR:⁶⁸

Isso traz à tona aspecto nem sempre considerado na boa-fé, consistente na sua vinculação com os princípios socioeconômicos que presidem o ordenamento

jurídico nacional, atuando operativamente no âmbito da economia do contrato. Isto quer dizer que a boa-fé não serve tão-só para a defesa do débil, mas também atua como fundamento para orientar interpretação garantidora da ordem econômica(...).

Insta salientar que, o princípio da boa-fé já era aplicável à teoria contratual antes mesmo do advento do CDC, o que não priva o estatuto consumerista de seu caráter profundamente inovador, pois consagra uma verdadeira mudança de mentalidade quanto à forma de relacionar-se com o outro no domínio econômico. A cláusula geral da boa-fé prevista no CDC constitui janela do sistema de proteção do consumidor para os demais campos da vida dos contratos, estando diretamente relacionada com a escala de valores traçados pela CF, pautados na ótica solidarista e na tutela da personalidade humana⁶⁹.

Destaca ARNOLD WALD⁷⁰ que:

as referências à boa-fé na celebração e execução do contrato (art. 422) e o regime de proteção e favorecimento do contratante mais fraco no caso dos contratos de adesão (arts. 423 e 424) complementam um quadro de renovação do contrato, dando-lhe o caráter dinâmico e eqüitativo(...).

Prolata ainda o autor que a evolução espelhada pelo novo Código Civil representa um movimento internacional que se reflete na maioria das legislações elaboradas recentemente⁷¹. É o caso do Código Civil holandês, do Código Civil de Quebec e a reforma do Código Civil alemão que, dando maior ênfase à boa-fé, apresentam uma nova visão do contrato.

Como preleciona KARL LARENZ⁷², o dever de cada parte agir de forma a não lesar a confiança da outra:

em primeiro lugar dirige-se ao devedor, com o mandado de cumprir a sua obrigação, atendo-se não só à letra, mas também ao espírito da relação obrigacional correspondente e na forma que o credor possa razoavelmente esperar dele. Em segundo lugar dirige-se ao credor, com o mandado de exercer o direito que lhe corresponde, atuando segundo a confiança depositada pela outra parte e a consideração altruísta que essa outra parte possa pretender segundo a classe de vinculação especial existente. Em terceiro lugar

dirige-se a todos os participantes da relação jurídica em questão, com o mandado de se conduzirem conforme corresponder em geral ao sentido e à finalidade desta especial vinculação e a uma consciência honrada.

Também com relação aos destinatários da norma, PAULO LUIZ NETTO LOBO⁷³ entende que o art. 422 do novo Código Civil⁷⁴ refere-se a ambos os contratantes do contrato comum civil ou mercantil, não podendo o princípio ser aplicado preferencialmente ao devedor, como ocorre com a regra contida no art. 242 do Código Civil alemão⁷⁵.

Consoante lições de RÉGIS FICHTNER PEREIRA⁷⁶, o conteúdo do princípio da boa-fé variará conforme o tipo de relação jurídica existente entre as partes. Nas relações jurídicas de tipo real⁷⁷, de algumas relações jurídicas de direito de família e da responsabilidade civil extracontratual, a boa-fé a que se alude é a subjetiva que requer a análise do estado de consciência do agente por ocasião da avaliação de um dado comportamento. É, portanto, uma situação ou fato psicológico, caracterizando-se através da análise das intenções de pessoa cujo comportamento se queira qualificar e que pode ser identificada em contraposição à má-fé.

No que tange às relações de cooperação, no qual se destaca o contrato, o conteúdo da boa-fé é muito mais amplo, pois não se sujeita a uma única definição, podendo mesmo entender-se que o equilíbrio contratual e a função social estariam abrangidos pela boa-fé. Impõe-se, portanto, uma conduta leal que corresponda ao respeito à finalidade econômico-social do contrato que deu origem ao contrato⁷⁸.

Cada parte deve colaborar para que a outra parte também obtenha os objetivos perseguidos através do contrato. Tal colaboração, no entanto se satisfaz com a mera abstenção, tampouco se limitando a função de justificar o gozo de benefícios. A boa-fé exige uma atuação que permita que o resultado pretendido com o negócio jurídico seja efetivamente alcançado.

3.2. Funções da Boa-Fé Objetiva

É possível identificar-se três funções distintas do princípio da boa-fé objetiva: a) ele se presta como princípio interpretativo; b) determina a limitação ou obstáculo a exercício de direitos subjetivos e c) impõe deveres anexos que, ainda que não prescritos no contrato, dele se depreende por estarem relacionados a persecução dos objetivos de ambos os contratantes.

As origens da *função de interpretação-integração* associam-na à equidade.

A despeito de o Código de Processo Civil (“CPC”) dispor que a equidade está restrita às hipóteses em que houver expressa autorização legal (art. 127)⁷⁹, a prática jurisprudencial revela decisões apoiadas na equidade em referência a hipóteses não abrangidas por permissivos legais expressos, evocando-se, à falta de previsão, os fins sociais, com base no art. 5º da LICC. Atualmente a boa-fé, enquanto cânone interpretativo, encontra-se positivado no art. 113 do CC⁸⁰.

Neste sentido a boa-fé equivale a uma fundamentação complementar à idéia de “*finalidade social da lei*”, impedindo distorções no que se refere à finalidade econômico-social do contrato e que a cláusula penal se transforme em instrumento de enriquecimento sem causa.

Outra função da boa-fé objetiva é *servir de limite ou óbice ao exercício de direitos subjetivos*, o que a relaciona com a teoria do abuso de direito prevista, primeiramente no art. 51, IV do CDC. A boa-fé é fundamento para a declaração de nulidade de cláusula contratual⁸¹, e atualmente, em função do art. 187 do Código Civil, caracteriza o ato abusivo como um ato ilícito. O exercício de um direito será irregular e, portanto, abusivo, se implicar em quebra de confiança e frustração de expectativas legítimas. Destarte, a boa-fé visa à plena realização dos interesses envolvidos, servindo, inclusive como limite para a discricionariedade de atos praticados pelo poder público⁸².

Na Europa Ocidental desenvolveu-se a *teoria dos atos próprios*, que prescreve o dever de adotar uma linha de conduta uniforme, proscrevendo a duplicidade de comportamento. Esta teoria contém duas vertentes.

Por uma delas o comportamento posterior se mostra incompatível com atitudes indevidamente tomadas anteriormente (*tu quoque*). Enquanto guardião do sinalagma contratual, a boa-fé impedirá que aquele que descumpriu o contrato venha a exigir do outro que, ao contrário, seja fiel ao programa contratual.

Numa outra vertente a referida teoria propicia uma compreensão global dos atos praticados. Assim, comportamentos que considerados isoladamente não apresentam qualquer irregularidade, podem significar quebra de confiança se tomados em conjunto (*vanire contra factum proprium*). Veda-se o desvio de conduta em relação à atuação que aquele contratante vinha assumindo, evitando que o comportamento contraditório mine a relação de confiança recíproca necessária ao desenvolvimento negocial.

Nesta linha a boa-fé objetiva ainda se presta para a imposição de restrições à liberdade de denunciar um contrato, pois impõe que a denúncia unilateral só produza efeitos depois de transcorrido prazo compatível com

a natureza e o vulto do investimento. Disto resulta que um contrato de prazo indeterminado torna-se contrato de prazo determinado, diante da clara preferência pela manutenção do vínculo em detrimento de uma resolução por perdas e danos.

Quando do adimplemento substancial, ou seja, quando um dos contratantes tiver cumprido grande parte das suas obrigações, a boa-fé proíbe que a exceção do contrato não cumprido seja invocada. Logo, o inadimplemento residual não é suficiente para o rompimento do vínculo⁸³.

Em contrapartida, a boa-fé objetiva possibilita a quebra antecipada do contrato quando a conduta (comissiva ou omissiva) do devedor revelar que a obrigação não será cumprida no prazo avençado. Trata-se de uma restrição à possibilidade de invocar-se o prazo restante para o cumprimento da obrigação.

Este é o caso do contrato de promessa de imóvel ainda a ser construído, quando, passado prazo razoável, a construtora mantém-se inerte, não iniciando as obras. Tal atitude demonstra firmemente que, apesar de restar-lhe prazo para a construção do imóvel, não conseguirá cumprir a sua obrigação tal qual acordado, possibilitando, então, a rescisão antecipada do contrato⁸⁴.

Por fim, a boa-fé objetiva impõe deveres instrumentais, também denominados secundários, laterais, acessórios ou anexos. Tais deveres não incidem diretamente no cumprimento da prestação ou dos deveres principais, mas ao exato cumprimento da relação obrigacional. São meios para garantir a consecução da finalidade, e, tendo em vista o fato de a boa-fé objetiva consubstanciar-se numa fonte autônoma de direitos e obrigações, não estão adstritos à vontade nem a texto de lei. A violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa⁸⁵, ensejando a responsabilidade pré⁸⁶ e pós-contratual⁸⁷. Significa dizer que o contratante não está adstrito apenas às obrigações assumidas por intermédio do contrato, mas terá que observar diversos deveres que se impõe tanto antes quanto depois do contrato.

Podem ser citados os seguintes deveres acessórios às obrigações entabuladas: a) o *dever de cuidado, providência e segurança*: dever não apenas de guardar a coisa, mas de bem acondicionar o seu objeto; b) *dever de aviso e esclarecimento*: aconselhar o cliente, avisar a contraparte sobre os riscos; avisar sobre fatos que possam ter relevo na formação da declaração negocial; c) *dever de informação*: expressamente previsto no CDC, arts. 12, 14, 18, 20, 30 e 31; d) *dever de prestar contas*: incumbe aos gestores e mandatários; e) *dever de colaboração e cooperação*: para o correto inadimplemento da prestação principal; f) *dever de proteção e cuidado com a pessoa e o patrimônio* da contraparte; g) *dever de omissão e de segredo*.

Verifica-se, portanto, que a boa-fé tem crucial importância nos ordenamentos mais desenvolvidos, sendo certo que é possível aferir-se o estágio de um determinado sistema jurídico pelo grau de importância que o mesmo confere à lealdade, à transparência, enfim, à conduta revestida de probidade⁸⁸.

Conclusões

As teorias econômicas do liberalismo, o direito canônico, a teoria do Direito Natural, como também as teorias do contrato social e a Revolução Francesa, contribuíram para o surgimento e desenvolvimento da doutrina da autonomia da vontade, mediante a qual a vontade humana é considerada o fator essencial na criação, modificação e extinção dos direitos e obrigações. Da defesa do voluntarismo à proteção da confiança trilhou-se um longo caminho, movido pela necessidade de estabilidade das relações jurídicas e da realização da função social do contrato como consequência da valorização da pessoa humana.

Com o surgimento do Estado Social o dogma da autonomia da vontade é superado como marco balizador do direito, mitigando, em decorrência, o domínio da burguesia, enquanto única classe capaz de expressar a sua própria vontade de forma verdadeiramente livre e consciente. As mudanças no cenário econômico com a introdução de novas tecnologias e o fenômeno da globalização, ensejaram o dirigismo contratual, a fim de suprir as deficiências da iniciativa privada, e, conseqüentemente a publicização do direito. Ao lado dos princípios da intangibilidade dos contratos, do consensualismo e da relatividade das partes, surgem a preocupação com o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro entre os contratantes, a padronização de contratos e a sua funcionalização.

Há uma mudança na concepção da autonomia da vontade em sua gênese, que passa a ser protegida se e enquanto estiver em conformidade com os interesses estabelecidos no negócio e com os interesses coletivos. A liberdade é vista não apenas como elemento necessário à formação do vínculo, mas também como fundamento e pressuposto da justiça.

Com o soerguimento de novos princípios, a nova teoria dos contratos não mais se assenta num único paradigma, como ocorria com a teoria clássica, pois aspira à identificação das circunstâncias específicas do ser humano contextualizado, fornecendo ao juiz mecanismos para a resolução dos casos concretos. Estes princípios, inicialmente previstos no Código de Defesa do Consumidor, são trazidos para o seio do Código Civil, alterando os aspectos essenciais dos princípios que fundaram o modelo clássico do contrato.

O contrato, imprescindível ao convívio social e à preservação dos interesses da sociedade, passa a ser concebido como um instrumento de cooperação e fenômeno transcendente aos interesses dos contratantes. Desta forma, as obrigações e direitos ajustados somente encontram respaldo na ordem jurídica, quando não estipulados em detrimento da coletividade, mas como forma de seu desenvolvimento.

Os artigos 421 e 2.035 do CC/02 vêm refletir a socialização dos direitos no âmbito contratual, repelindo o comportamento abusivo que repercute negativamente na esfera de outrem. Desta maneira, a função social do contrato serve de fundamento para conferir a terceiro ação direta em face do devedor inadimplente, bem como ao credor prejudicado pelo comportamento de terceiro, ensejando a tutela externa do crédito.

Entretanto, a função social do contrato não torna exigíveis as obrigações contratuais em face de terceiros. Seu escopo reside em tornar oponível as situações jurídicas validamente contraídas e, portanto, dignas da tutela do ordenamento.

A boa-fé corresponde ao valor da ética e determina a probidade nas relações jurídicas como reflexo da valorização da personalidade humana. Apesar de estar presente em diversos estatutos internacionais, no Brasil a boa-fé foi tratada timidamente no Código Civil de 1916, que deu ênfase à boa-fé subjetiva quando da disciplina de determinados institutos.

Foi com o Código de Defesa do Consumidor (art. 4º, III e art. 51, IV), assentado na nova ordem constitucional, que a boa-fé veio ocupar lugar de destaque. Com o Código Civil de 2002 a boa-fé tem, finalmente, seu conteúdo ampliado (art. 422), servindo não apenas de cânone interpretativo (art. 113) e limite ou óbice ao exercício de direitos subjetivos (art. 187), mas também impondo deveres acessórios à relação contratual, que não estão adstritos à vontade dos contratantes nem ao texto de lei. Desta maneira, a boa-fé objetiva consubstancia-se numa fonte autônoma de direitos e obrigações.

Referências Bibliográficas

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *A boa-fé na relação de consumo*. Disponível em <www.stj.gov.br>. Acesso em 26 mar. 2005.

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Contrato de adesão no novo Código Civil. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 7, n. 64, abr. 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3914>>. Acesso em 26 mar. 2005.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, capítulos V e VI, coleção Os Pensadores, São Paulo: Editora Nova Cultural, 1996.

ASSIS, Olney Queiroz. *Princípio da autonomia da vontade x princípio da boa-fé objetiva: uma investigação filosófica com repercussão na teoria dos contratos*. Disponível em <<http://juronline.visaonet.com.br/artigos/autonomia.doc>>. Acesso em 26 mar. 2005.

BITTAR, Carlos Alberto e BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Direito Civil Constitucional*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967, 05 de outubro de 1998. Disponível em <<https://www.presidencia.gov.br/>>. Acesso em 10 dez. 2004.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, 05 de outubro de 1998. Disponível em <<https://www.presidencia.gov.br/>>. Acesso em 10 dez. 2004.

BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução ao Código Civil. Disponível em <<https://www.presidencia.gov.br/>>. Acesso em 10 dez. 2004.

BRASIL. Justiça Federal. Enunciados aprovados na I Jornada de Direito Civil, 11 a 13 de setembro de 2002. Disponível em <<http://www.justicafederal.gov.br/>>. Acesso em 10 dez. 2004.

BRASIL. Justiça Federal. Enunciados aprovados na III Jornada de Direito Civil. Disponível em <<http://www.justicafederal.gov.br/>>. Acesso em 7 ago. 2005.

BRASIL. Lei nº 556, de 25 de junho de 1850. Institui o Código Comercial Brasileiro. Disponível em <<https://www.presidencia.gov.br/>>. Acesso em 10 dez. 2004.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de Janeiro de 1916. Código Civil. Disponível em <<https://www.presidencia.gov.br/>>. Acesso em 10 dez. 2004.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em <<https://www.presidencia.gov.br/>>. Acesso em 10 dez. 2004.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em <<https://www.presidencia.gov.br/>>. Acesso em 23 jul. 2005.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em <<https://www.presidencia.gov.br/>>. Acesso em 10 dez. 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 272.739-MG, 4ª T., Rel. Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 03.04.01. Disponível em <<http://www.stj.gov.br/>>. Acesso em 7 ago. 2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 309.626-RJ, 4ª T., Rel. Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 20.08.01. Disponível em <<http://www.stj.gov.br/>>. Acesso em 7 ago. 2005.

BRAVO, Maria Celina; SOUZA, Mário Jorge Uchoa. O contrato do terceiro milênio. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 6, n. 52, nov. 2001. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2365>>. Acesso em 26 mar. 2005.

BUTLER, Eamonn. *A contribuição de Hayek às idéias políticas e econômicas de nosso tempo*. Trad. Carlos dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Nórdica.

CARPENA, Heloisa. *Abuso do direito nos contratos de consumo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

COMUNIDADE EUROPÉIA. Directiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de Abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores. Disponível em <<http://europa.eu.int/eur-lex/>>. Acesso em 7 ago. 2005.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha. *Da boa-fé no direito civil*. Coleção Teses. Coimbra: Almedina, 1997.

DUGUIT, Leon. *Las transformaciones del derecho*. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1975.

- FERRAZ FILHO, Tércio Sampaio. *Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*. São Paulo: Atlas, 2002.
- GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. São Paulo: RT, 1980.
- GOUVÊA, Eduardo de Oliveira Gouvêa. *Boa-fé objetiva e responsabilidade civil contratual - principais inovações*. Disponível em <http://www.uva.br/iccj/artigos_de_professores/boa_fe-inov_civil.htm>. Acesso em 26 mar. 2005.
- HAYEK, Friedrich August von. *Direito, legislação e liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política*. São Paulo: Visão, 1985.
- HIRONAKA, Giselda M. Fernandes. A função social do contrato. In *Revista de Direito Civil*, n. 45. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais.
- JUNQUEIRA, Antonio de Azevedo. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. In: *Revista dos Tribunais*, n. 750, Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, abr.1998.
- LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madri: Revista de Derecho Privado, 1958.
- LEWICKI, Bruno. Panorama da boa-fé objetiva. In *Problemas de Direito Civil-Constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- LIMA, Marcelo Ribeiro. O princípio da boa-fé objetiva no Direito Privado . *Jus Navigandi*, Teresina, a. 7, n. 61, jan. 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3576>>. Acesso em 26 mar. 2005.
- LOBO, Paulo Luiz Netto. *Princípios sociais do contrato no CDC e no Novo Código Civil*. Disponível em <<http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto444.htm>>. Acesso em 26 mar. 2005.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: RT, 2002.

MARTINS, Flávio Alves. *A boa-fé objetiva e sua formalização no Direito das Obrigações Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2001.

MARTINS-COSTA, Judith. Crise e modificação da idéia de contrato no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v.3., set./dez. 1992.

_____. *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Mercado e Solidariedade Social entre *Cosmos e Táxis*: a boa-fé nas relações de consumo. In MARTINS-COSTA, Judith (org.). *A Reconstrução do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MATEO JÚNIOR, Ramon. A função social e o princípio da boa-fé objetiva nos contratos do novo Código Civil. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2786>>. Acesso em 26 mar. 2005.

MATTIETTO, Leonardo. O Direito Civil Constitucional e a Nova Teoria dos Contratos. Disponível em <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/ntcont.doc>. Acesso em 26 mar. 2005.

MOURA, Mário Aguiar. Função social do contrato in *Revista dos Tribunais*, n. 630, Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, abr.1988.

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

NOVAIS, Alinne Arquette Leite. Os novos paradigmas da teoria contratual. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 17-54.

PENTEADO JR. Cássio M.C. O relativismo da autonomia da vontade e a intervenção estatal nos contratos. In *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, nº 21. São Paulo: Revista dos Tribunais.

PEREIRA, Regis Fichtner. *A responsabilidade civil pré-contratual - Teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais*. Rio de Janeiro, Renovar, 2001.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional*, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PLATÃO. *A República*. São Paulo: Editora Nova Cultural, 2004.

PORTO ALEGRE. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n° 587014143, 5ª. CC, Rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar Júnior. In: Revista de Jurisprudência do TJRS n° 123, p. 384-389.

PORTO ALEGRE. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n° 591017058, 5ª. CC, Rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar Júnior. In: Revista de Jurisprudência do TJRS n° 152, p. 605-608.

REALE, Miguel. *Função social do contrato*. Disponível em <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm>>. Acesso em 26 mar. 2005.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *O Novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. *A Boa-Fé Objetiva e a Violação Positiva do Contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA, Luis Renato Ferreira da. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *O Novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SLAWINSKI, Célia Barbosa Abreu. Breves reflexões sobre a eficácia atual da boa-fé objetiva no ordenamento jurídico brasileiro. In: *Problemas de Direito Civil-Constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. *Contornos dogmáticos e eficácia da Boa-fé objetiva – O Princípio da Boa-Fé no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2002.

_____. A trajetória da boa-fé objetiva no direito brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3120>>. Acesso em 26 mar. 2005.

SOUZA JÚNIOR, Lauro Gama e. *Contratos Internacionais à luz dos Princípios do UNIDROIT 2004 – Soft law, Arbitragem e Jurisdição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Lições de direito econômico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. 2002.

TALAVERA, Glauber Moreno. *Função social do contrato no novo Código Civil*. Disponível em <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero19/artigo11.pdf>>. Acesso em 26 mar. 2005.

TARTUCE, Flávio. *A Realidade Contratual à Luz do Novo Código Civil*. Disponível em <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 26 mar. 2005.

UNIÃO EUROPÉIA. Conselho. Diretiva 93/13/CEE. Directiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de Abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31993L0013:PT:HTML>> Acesso em 07 ago. 2005

UNIDROIT PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS 2004. Disponível em <<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2004/blackletter2004.pdf>>. Acesso em 26 mar. 2005.

WALD, Arnold. O novo Código Civil e o solidarismo contratual *In: Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem* n. 21. São Paulo: Revista dos Tribunais.

WIDER, Roberto. *O Direito dos Contratos e a Autonomia da Vontade*. Disponível em <http://usuarios.skydome.net/baw/direito/auton_vont.pdf>. Acesso em 26 mar. 2005.

Notas

¹ Sobre o assunto leia-se BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

² Segundo FRIEDRICH AUGUST VON HAYEK, cabe ao Estado somente assegurar as normas de conduta justa, que não têm fim e servem à formação de uma ordem espontânea. Considerando que ninguém, nem mesmo o Estado, tem o poder ou o conhecimento para garantir que as pessoas recebam aquilo que con-

sidera correto, a distribuição deve resultar da interação de habilidades individuais num processo impessoal. A distribuição feita pela autoridade, além de suprimir a liberdade, não resolveria o problema referente a uma distribuição justa. Nesta busca inglória, a autoridade acabaria determinando as tarefas a serem desempenhadas por cada um, bem como a distribuição das recompensas, pautando suas escolhas em padrões de eficiência e conveniência e não a partir da justiça e igualdade. Os indivíduos restariam sujeitos não apenas às regras gerais de conduta justa, mas a ordens específicas da autoridade, conforme os fins por ela escolhidos. Estariam, assim, impedidos de agir apoiados pelos seus próprios conhecimentos, visando a seus próprios objetivos, o que representaria uma supressão inaceitável e inútil da liberdade. Disto resulta que a igualdade material significaria, na verdade, a submissão das grandes massas ao comando de uma elite que administra suas atividades. As normas de justiça distributiva defendidas por esta elite não são normas de conduta com relação a iguais, mas normas de conduta de superiores com relação aos seus subordinados, pressupondo uma inconveniente hierarquia, o que, por isso só, já desigual. Sobre a teoria da justiça construída pelo autor recomenda-se a leitura de HAYEK, Friedrich August von. *Direito, legislação e liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política*. São Paulo, Visão, 1985 e BUTLER, Eamonn. *A contribuição de Hayek às idéias políticas e econômicas de nosso tempo*. Trad. Carlos dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Nórdica.

³ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 43 e seguintes.

⁴ MATEO JÚNIOR, Ramon. *A função social e o princípio da boa-fé objetiva nos contratos do novo Código Civil*. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2786>>. Acesso em 26 mar. 2005, p.2.

⁵ MARQUES, Cláudia Lima. *Op. cit.*, p. 44.

⁶ MARQUES, Cláudia Lima. *Op. cit.*, p.45 e 46.

⁷ GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. São Paulo: RT, 1980, p. 11.

⁸ *Ibid*, p. 11.

⁹ GOMES, Orlando. *Op. cit.*, p. 16.

¹⁰ NOVAIS, Alinne Arquette Leite. Os novos paradigmas da teoria contratual. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 20.

¹¹ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p.183 e 184.

¹² PAULO BONAVIDES aponta a Alemanha nazista, a Itália fascista, a Espanha franquista, Portugal salazarista, a Inglaterra de Churchill e Attlee, os Estados Unidos, em parte, desde Roosevelt e o Brasil, desde a revolução de 1930, como o monopólio estatal do petróleo e criação da Petrobrás (*Op. cit.*, p.184).

¹³ Supunham os socialistas que, pelo exercício dos direitos políticos, houvesse a tomada do poder pelo proletariado, operando-se a almejada transformação social.

O Estado Social podia ser visto, neste sentido, como um meio caminho do socialismo.

¹⁴ Surge, assim, a distinção entre o socialismo democrático fundado no consentimento e bolchevismo, versão ortodoxa da doutrina marxista.

¹⁵ SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Lições de direito econômico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. 2002, p. 123.

¹⁶ *Ibid*, p. 130-131.

¹⁷ A Constituição Federal de 1967 foi a primeira a estabelecer um rol de princípios, ainda incipientes, regedores da ordem econômica (“Art. 157 – A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: I – liberdade de iniciativa; II – valorização do trabalho como condição da dignidade humana; III – função social da propriedade; IV – harmonia e solidariedade entre os fatores de produção; V – desenvolvimento econômico; VI – repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros.”), porém as respectivas normas ainda se limitavam a um único dispositivo (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967, 05 de outubro de 1998. Disponível em <<https://www.presidencia.gov.br/>>. Acesso em 10 dez. 2004).

¹⁸ *Apud* NOVAIS, Alinne Arquette Leite. *Op. cit*, p. 44.

¹⁹ BITTAR, Carlos Alberto e BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Direito Civil Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.124.

²⁰ BITTAR, Carlos Alberto e BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Op. cit*, p.125.

²¹ Daí exsurgem inúmeras figuras contratuais com contornos próprios e definidos, podendo ser divididos em algumas espécies. São elas o contrato necessário, o contrato regulamentado e contrato autorizado. O contrato necessário é aquele a qual não se pode recusar, como a concessão de serviços públicos, seguro com o contrato de transporte, dentre outros. O contrato regulamentado é aquele cujo conteúdo está sujeito à regulamentação (leasing, contratos bancários, transferência de know-how, etc). Já o contrato autorizado depende de manifestação de autoridade administrativa para seu perfazimento (oferta pública de ações, aquisição de controle de empresa, comércio externo, etc).

²² CARPENA, Heloísa. *Abuso do Direito nos Contratos de Consumo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.29.

²³ *Ibid*, p. 30 e 31.

²⁴ CARPENA, Heloísa. *Op. cit*. p.25.

²⁵ ASSIS, Olney Queiroz. Princípio da autonomia da vontade x princípio da boa-fé objetiva: uma investigação filosófica com repercussão na teoria dos contratos. Disponível em <<http://juronline.visaonet.com.br/artigos/autonomia.doc>>. Acesso em 26 mar. 2005, p.2.

²⁶ *Ibid*, p. 3.

²⁷ GOMES, Orlando. *Op. cit*, p. 66.

²⁸ GOMES, Orlando. *Op. cit*, p. 70.

- ²⁹ CARPENA, Heloísa. *Op. cit.*, p.12, 35 e 36.
- ³⁰ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *O Novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 103-104.
- ³¹ Suscitando as lições de LEON DUGUIT, o desenvolvimento da responsabilidade objetiva deve ser vista como um reflexo da socialização dos direitos. Quando a vida jurídica não era mais do que relação entre indivíduos, quando todos os direitos sociais se referiam à autonomia da vontade individual, não era concebível o nascimento de uma obrigação que não fosse fruto da vontade (DUGUIT, Leon. *Las transformaciones del derecho*. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1975, p. 232). Com o passar do tempo foi sendo apreendido que, se determinada atividade beneficia os membros de um grupo, é justo que este grupo suporte o risco a que sujeita os indivíduos e demais grupos, com o desenvolvimento daquela atividade.
- ³² SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Op. cit.*, p 106.
- ³³ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em <<https://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em 23 jul. 2005.
- ³⁴ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em <<https://www.presidencia.gov.br/>>. Acesso em 10 dez. 2004.
- ³⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Princípios sociais do contrato no CDC e no Novo Código Civil*. Disponível em <<http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto444.htm>>. Acesso em 26 mar. 2005, p. 5.
- ³⁶ O inadimplemento de consumidores acarretará a inadimplência do lojista em relação ao seu fornecedor, que, por sua vez, terá dificuldades em honrar seus compromissos com aquele que o supre de matéria prima ou com quem lhe financia, motivo pelo qual as relações contratuais não podem ser mais vislumbradas de forma compartimentada. Tais relações inserem-se dentro de um contexto econômico, de forma que o contrato cumprirá sua função social na medida em que permita a manutenção das trocas econômicas (SILVA, Luis Renato Ferreira da. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *O Novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 132).
- ³⁷ NEGREIROS. Teresa. *Teoria do Contrato – novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.106 e seguintes.
- ³⁸ MOURA, Mário Aguiar. Função social do contrato. In: *Revista dos Tribunais* n. 630, Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, abr.1988, p. 248.
- ³⁹ “É viável afirmar que são os contratos que mantém a agilidade das relações econômicas em uma sociedade de mercado, uma ‘sociedade de direito privado’, na qual o direito privado assume um ‘papel constitutivo’, e que deve conjugar tanto um aspecto utilitarista (de maximização das oportunidades econômicas) quanto um aspecto ético (de comportamento médio de oportunidades e vantagens recíprocas). Assim mesmo quem adote um ponto de vista mais liberal do direito, afastando intervenções maiores nas atividades privadas, reconhece que há um campo em que o Estado se imiscui para permitir a utilidade e a eticidade das relações

contratuais.” (SILVA, Luis Renato Ferreira da. Op. cit, p. 134). Mediante as cláusulas gerais ou cláusulas abertas, as partes têm amplo poder para disciplinar as suas relações, observadas a socialidade e a eticidade que condicionam os preceitos na nova ordem civil.

⁴⁰ REALE, Miguel. Função social do contrato. Disponível em <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm>>. Acesso em 26 mar. 2005, p.3.

⁴¹ PLATÃO oferece-nos sua definição de justiça que consiste no princípio de que cada membro deve cumprir a tarefa que lhe cabe (PLATÃO, A República. São Paulo: Editora Nova Cultural, 2004). O modelo vertical de justiça (timoria) está relacionado à idéia de retribuição, tendo por pressuposto a hierarquia e a possibilidade de retribuir-se agressivamente a uma ameaça. Corresponde a uma justiça sancionadora, reparadora e vingativa, baseada na Lei do Talião (“olho por olho, dente por dente”). Já o eixo horizontal de justiça, para a qual muito contribuíram os sofistas na busca da palavra compartilhada, representa uma tentativa conciliadora de justiça, em que as partes antagônicas buscam o consenso através do exercício pleno da palavra. Com ARISTÓTELES a justiça é bilateral, pedra de toque do direito, posto que pressupõe sempre a convivência entre os seres e a necessidade de colaboração (ARISTÓTELES, Ética a Nicômaco, capítulos V e VI, coleção Os Pensadores, São Paulo: Editora Nova Cultural, 1996). SÃO TOMÁS DE AQUINO e SANTO AGOSTINHO também contribuem para a consolidação do eixo horizontal de justiça, a partir da concepção de caritas (caridade), que desembocará na concepção de solidariedade, a partir do reconhecimento do outro. TERCIO SAMPAIO FERRAZ FILHO esclarece que “o amor-caritas tem o sentido de renúncia, mas de uma renúncia que não é privação, mas plenitude. O amor cristão não tem, assim, uma compensação no amor do outro, mas na plenitude do amor divino.”(...) “a justiça como amor pede, assim, uma retribuição horizontal descompensada. Não se trata nem de justiça retificadora nem de distributiva. Os Papas falam, então, de justiça social (...)” (FERRAZ FILHO, Tércio Sampaio. *Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 222-223).

⁴² Para MIGUEL REALE, o princípio da função social do contrato é decorrência lógica do princípio da função social da propriedade, uma vez que a função mais característica do contrato é a sua finalidade econômica, propiciando a desejada circulação de riquezas (REALE, Miguel. Op. cit, p.1). GISELDA M.FERNANDES NOVAES HIRONAKA também ao abordar a função social do contrato, ressalta o princípio a partir do direito de propriedade, que teria abrigado em seu âmago. Com a profunda repercussão social alcançada pelo fenômeno da funcionalidade ao condicionar o uso da propriedade, a função social passou a projetar-se em outros institutos, como o contrato. Ressalta, a autora a importância nesse processo dos contratos agrários em decorrência do seu especialíssimo objeto e finalidade: o uso temporário da terra e a atividade produtiva. (HIRONAKA, Giselda M. Fernandes Novaes. A função social do contrato. In: Revista de Direito Civil, n. 45. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, p.145 e 147).

⁴³ TALAVERA, Glauber Moreno. Função social do contrato no novo Código Civil. Disponível em <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero19/artigo11.pdf>>. Acesso em 26 mar. 2005, p.95.

- ⁴⁴ Neste sentido o Enunciado n° 23 da I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, no período de 11 a 13 de setembro de 2002, sob a coordenação científica do Ministro Ruy Rosado, do STJ: “a função social do contrato prevista no art. 421 do novo Código Civil não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio, quando presentes interesses meta-individuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.” (BRASIL. Justiça Federal. Enunciados aprovados na I Jornada de Direito Civil, 11 a 13 de setembro de 2002. Disponível em <<http://www.justicafederal.gov.br/>>. Acesso em 10 dez. 2004).
- ⁴⁵ Vide item I.4.
- ⁴⁶ WALD, Arnold. O novo Código Civil e o solidarismo contratual. In: Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem n. 21. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, p.36.
- ⁴⁷ De acordo com o Enunciado n° 22 da I Jornada de Direito Civil (BRASIL. Justiça Federal. Enunciados aprovados na I Jornada de Direito Civil, cit.).
- ⁴⁸ NEGREIROS. Teresa. *Op. cit.*, p.232 e 233.
- ⁴⁹ Artigos 12 e 18 do CDC (BRASIL. Lei n° 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em <<https://www.presidencia.gov.br/>>. Acesso em 23 jul. 2005).
- ⁵⁰ Neste sentido o Enunciado n° 21 da I Jornada de Direito Civil propugna que “a função social do contrato prevista no art. 421 do novo Código Civil constitui cláusula geral, que impõe a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito.” (BRASIL. Justiça Federal. Enunciados aprovados na I Jornada de Direito Civil, cit.).
- ⁵¹ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional*, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 142.
- ⁵² JUNQUEIRA, Antonio de Azevedo. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. In: *Revista dos Tribunais*, n. 750, Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, abr.1998.
- ⁵³ NEGREIROS. Teresa. *Op. cit.*, p. 245 e seguintes.
- ⁵⁴ NEGREIROS. Teresa. *Op. cit.*, p. 259. Essa distinção também é feita por ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO. *Op. cit.*, p.117, que cita doutrina francesa do Prof. Didier Martin: “a oponibilidade tem por alvo os estranhos à relação de direito que ela apresenta à sua consideração e que se denominam ‘terceiros’, sem dúvida pra melhor marcar que as coisas jurídicas, que lhes são exteriores, não constituem, de forma alguma, negócios a eles estranhos”.
- ⁵⁵ NEGREIROS. Teresa. *Op. cit.*, p. 265.
- ⁵⁶ Sobre o princípio da boa-fé objetiva e a sua evolução no direito brasileiro leia-se, dentre outros, LEWICKI, Bruno. Panorama da boa-fé objetiva. In: Problemas de Direito Civil-Constitucional, Rio de Janeiro: Renovar, 2001; LIMA, Marcelo Ribeiro. O princípio da boa-fé objetiva no Direito Privado. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 7, n.

- 61, jan. 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3576>>. Acesso em 26 mar. 2005; MARTINS, Flávio Alves. *A boa-fé objetiva e sua formalização no Direito das Obrigações Brasileiro*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2001. MARTINS-COSTA, Judith. Crise e modificação da idéia de contrato no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v.3., set./dez. 1992; – A Boa-Fé no Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000; _____ (org.) *A Reconstrução do Direito Privado*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2002.
- ⁵⁷ MARQUES, Cláudia Lima. *Op. cit.*, p. 183-184.
- ⁵⁸ ASSIS, Olney Queiroz. *Princípio da autonomia da vontade x princípio da boa-fé objetiva: uma investigação filosófica com repercussão na teoria dos contratos*. Disponível em <<http://juronline.visaonet.com.br/artigos/autonomia.doc>>. Acesso em 26 mar. 2005, p.10.
- ⁵⁹ BRAVO, Maria Celina; SOUZA, Mário Jorge Uchoa. O contrato do terceiro milênio. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 6, n. 52, nov. 2001. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2365>>. Acesso em 26 mar. 2005, p.5.
- ⁶⁰ NOVAIS, Alinne Arquette Leite. *Op. cit.*, p. 25 e seg.
- ⁶¹ CORDEIRO, António Manuel da Rocha. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 332. (Coleção Teses).
- ⁶² Vide a respeito o art. 221 (casamento anulável contraído de boa-fé), os arts. 490 e seg. (posse); os arts. 500 e seg. (usucapião) e o art. 622 (aquisição a non domino) (BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de Janeiro de 1916. Código Civil. Disponível em <<https://www.presidencia.gov.br/>>. Acesso em 10 dez. 2004).
- ⁶³ “Art. 1443. O segurado e o segurador são obrigados a guardar no contrato a mais estrita boa-fé e veracidade, assim a respeito do objeto, como das circunstâncias e declarações a ele concernentes. Art. 1444. Se o segurado não fizer declarações verdadeiras e completas, omitindo circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta ou na taxa do prêmio, perderá o direito ao valor do seguro, e pagará o prêmio vencido.” (BRASIL. Lei nº 3.071, cit.).
- ⁶⁴ SLAWINSKI, Célia Barbosa. A trajetória da boa-fé objetiva no direito brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3120>>. Acesso em 26 mar. 2005, p.2. Da referida autora *vide* ainda o artigo Breves reflexões sobre a eficácia atual da boa-fé objetiva no ordenamento jurídico brasileiro. In: *Problemas de Direito Civil-Constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001, bem como a obra *Contornos dogmáticos e eficácia da Boa-fé objetiva – O Princípio da Boa-Fé no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- ⁶⁵ “Art. 85. Nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem.” (BRASIL. Lei nº 3.071, cit.).
- ⁶⁶ “Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.” (BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução ao Código Civil. Disponível em <<https://www.presidencia.gov.br/>>. Acesso em 10 dez. 2004).
- ⁶⁷ “Art. 131. Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases: 1 - a inteligên-

cia simples e adequada, que for mais conforme à boa-fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras (...)" (BRASIL. Lei nº 556, de 25 de junho de 1850. Institui o Código Comercial Brasileiro. Disponível em <<https://www.presidencia.gov.br/>>. Acesso em 10 dez. 2004).

⁶⁸ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *A boa-fé na relação de consumo*. Disponível em <www.stj.gov.br>. Acesso em 26 mar. 2005, p.5.

⁶⁹ Neste sentido o Enunciado nº 167 da III Jornada de Direito Civil, segundo o qual "com o advento do Código Civil de 2002, houve forte aproximação principiológica entre esse Código e o Código de Defesa do Consumidor, no que respeita à regulação contratual, uma vez que ambos são incorporadores de uma nova teoria geral dos contratos". (BRASIL. Justiça Federal. Enunciados aprovados na III Jornada de Direito Civil. Disponível em <<http://www.justicafederal.gov.br/>>. Acesso em 7 ago. 2005).

⁷⁰ WALD, Arnold. *Op. cit.*, p.41.

⁷¹ Os princípios do UNIDROIT relativos aos contratos do comércio internacional também contêm o princípio da boa-fé nos seguintes termos: "Artigo 1.7 (Boa-fé e lealdade negocial). (1) As partes devem agir em conformidade com a boa-fé no comércio internacional. (2) As partes não podem excluir nem limitar esta obrigação. Artigo 1.8 (Proibição de comportamento contraditório). Uma parte não pode agir em contradição com uma expectativa que suscitou na outra parte quando esta última razoavelmente acreditou em tal expectativa e, em consequência, agiu em seu detrimento." Disponível em <<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2004/blackletter2004.pdf>>. Acesso em 07 ago. 2005. Sobre o assunto leia-se SOUZA JÚNIOR, Lauro Gama e. *Contratos Internacionais à luz dos Princípios do UNIDROIT 2004 – Soft law, Arbitragem e Jurisdição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

⁷² LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madri: Revista de Derecho Privado, 1958, p.148.

⁷³ LOBO, Paulo Luiz Netto. *Op. cit.*, p.9.

⁷⁴ "Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé." (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em <<https://www.presidencia.gov.br/>>. Acesso em 10 dez. 2004).

⁷⁵ "O devedor é obrigado a cumprir sua obrigação de boa-fé, atendendo às exigências dos usos do tráfico jurídico".

⁷⁶ *A responsabilidade civil pré-contratual – Teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais*. Rio de Janeiro, Renovar, 2001, p.75.

⁷⁷ A boa-fé subjetiva é própria das relações de apropriação, nas quais se revela um dever de abstenção relativamente ao exercício de um direito por parte de seu titular. Está presente na forma como se adquirem os direitos e como eles serão exercidos.

⁷⁸ "CONTRATO. COMPRA E VENDA. CONSTRUÇÃO DE PRÉDIO DE APARTAMENTOS. Vícios de construção. Responsabilidade do proprietário (construtor-

incorporador) pelos vícios de construção do prédio, o que significa cumprimento defeituoso do contrato e autoriza indenização por perdas e danos (...) SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. Agente financeiro. Responsabilidade solidária pelos vícios de construção de imóvel cuja aquisição é financiada com recursos do BNH. (...) Os agentes financeiros são intermediários que operam no sistema e, ao lado do lucro que auferem, representativa e substancial parcela do custo pago pelo mutuário, assumem também o dever de zelar pela realização do fim a que se dirige o Sistema. Para isso devem, entre outras obrigações, cuidar que os prédios objeto de negócios ofereçam as condições mínimas esperadas pelos adquirentes, a fim de que não participem de empreendimentos que não ofereçam boas condições de segurança, que não atendam ao princípio da boa-fé e que se destinem – antes de atingir o fim social a que está aposto o Sistema – a propiciar lucros indevidos “grifado. (PORTO ALEGRE. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 587014143, 5ª. CC, Rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar Júnior. In: Revista de Jurisprudência do TJRS nº 123, p. 384 a 389).

⁷⁹ A equidade está prevista, por exemplo, no art. 914 do Código Civil de 1916 (“Quando se cumprir em parte a obrigação, poderá o juiz reduzir proporcionalmente a pena estipulada para o caso de mora, ou de inadimplemento”) e no art. 413 do atual Código Civil (“A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio”) (BRASIL, Lei nº 3.071, cit, e Lei nº 10.406, cit.).

⁸⁰ “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”. Segundo o Enunciado nº 26 da I Jornada de Direito Civil, “a cláusula geral contida no art. 422 do novo Código Civil impõe ao juiz interpretar e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como a exigência de comportamento leal dos contratantes”. (BRASIL. Justiça Federal. Enunciados aprovados na I Jornada de Direito Civil, cit.).

⁸¹ No direito comunitário europeu a Diretiva 93/13/CEE, de 05 de abril de 1993, estabelece normas sobre cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores, dispondo que “uma cláusula contratual que não tenha sido objecto de negociação individual é considerada abusiva quando, a despeito da exigência de boa fé, der origem a um desequilíbrio significativo em detrimento do consumidor, entre os direitos e obrigações das partes decorrentes do contrato (Art. 3º, item 1).” (UNIÃO EUROPÉIA. Conselho. Diretiva 93/13/CEE. Directiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de Abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31993L0013:PT:HTML>> Acesso em 07 ago. 2005). ROBERTO WIDER, pondera, no entanto, que a restrição na coibição da abusividade, limitando-se o dispositivo aos contratos entre profissionais e consumidores, desatende aos objetivos de modernização do contrato, uma vez que a liberdade contratual que dele deve extrair-se há que atender à condição de igualdade econômica e social das partes (WIDER, Roberto. *O Direito dos Contratos e a Autonomia da Vontade*. Disponível em <http://usuarios.skydome.net/baw/direito/auton_vont.pdf>. Acesso em 26 mar. 2005, p.11).

⁸² Enunciado n° 27 da I Jornada de Direito Civil. “na interpretação da cláusula geral da boa-fé, deve-se levar em conta o sistema do Código Civil e as conexões sistêmicas com outros estatutos normativos e fatores metajurídicos”. (BRASIL. Justiça Federal. Enunciados aprovados na I Jornada de Direito Civil, cit.).

⁸³ Baseado neste entendimento decidiu a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça em REsp 272.739/MG, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar (julg. 01/03/2001, DJ 02.04.2001 p. 299), com a seguinte ementa: “Alienação fiduciária. Busca e apreensão. Falta da última prestação. Adimplemento substancial. O cumprimento do contrato de financiamento, com a falta apenas da última prestação, não autoriza o credor a lançar mão da ação de busca e apreensão, em lugar da cobrança da parcela faltante. O adimplemento substancial do contrato pelo devedor não autoriza ao credor a propositura de ação para a extinção do contrato, salvo se demonstrada a perda do interesse na continuidade da execução, que não é o caso. Na espécie, ainda houve a consignação judicial do valor da última parcela. Não atende à exigência da boa-fé objetiva a atitude do credor que desconhece esses fatos e promove a busca e apreensão, com pedido liminar de reintegração de posse. Recurso não conhecido” (grifado). Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 07 ago. 2005.

⁸⁴ Neste sentido REsp 309.626-RJ, 4ª T., Rel. Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 20.08.01. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 07 ago. 2005.

⁸⁵ Enunciado n° 24 da I Jornada de Direito Civil, 11 a 13 de setembro de 2002. (BRASIL. Justiça Federal. Enunciados aprovados na I Jornada de Direito Civil, cit.). Além disso, o Enunciado n° 170 da III Jornada de Direito Civil preceitua que “a boa-fé objetiva deve ser observada pelas partes na fase de negociações preliminares e após a execução do contrato, quando tal exigência decorrer da natureza do contrato”. (BRASIL. Justiça Federal. Enunciados aprovados na III Jornada de Direito Civil, cit.).

⁸⁶ “RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL. CULPA ‘IN CONTRAHENDO’. Alienação de quotas sociais. É possível o reconhecimento da responsabilidade pré-contratual, fundada na boa-fé, para indenização das despesas feitas na preparação do negócio que não chegou a ser perfectibilizar por desistência de uma das partes. No caso, porém, o desistente agiu justificadamente. Cessão da totalidade das ações por quem apenas detinha parte do capital” (PORTO ALEGRE, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n° 591017058, 5ª. CC, Rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar Júnior. In: Revista de Jurisprudência do TJRS n° 152, p. 605-608). “CONTRATO. TRATATIVAS. CULPA IN CONTRAHENDO. RESPONSABILIDADE CIVIL. Responsabilidade da empresa alimentícia, industrializadora de tomates, que distribui sementes, no tempo do plantio, e então manifesta a intenção de adquirir o produto, mas depois resolve, por sua conveniência, não mais industrializá-lo naquele ano, assim causando o prejuízo do agricultor, que sofre a frustração da expectativa da venda da safra, uma vez que o produto ficou sem possibilidade de colocação (...)” (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n° 591028295, 5ª CC, Rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar Júnior. In: MARTINS-COSTA, Judith. A Boa-Fé no Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.473 a 477).

⁸⁷ Enunciado n° 25 da I Jornada de Direito Civil: “o art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação, pelo julgador, do princípio da boa-fé nas fases pré e pós-contratual”. (BRASIL. Justiça Federal. Enunciados aprovados na I Jornada de Direito Civil, cit.).

⁸⁸ GOUVÊA. Eduardo de Oliveira Gouvêa. *Boa-fé objetiva e responsabilidade civil contratual - principais inovações*. Disponível em <http://www.uva.br/icj/artigos_de_professores/boa_fe-inov_civil.htm>. Acesso em 26 mar. 2005 p.7.