

**NEGOCIABILIDADE: BOA-FÉ OBJETIVA E FUNÇÃO SOCIAL**  
**NEGOTIABILITY: OBJECTIVE GOOD FAITH AND SOCIAL FUNCTION**

**Luciana Costa Poli\***  
**Bruno Ferraz Hazan\***

**RESUMO**

O trabalho pretende traçar um perfil contemporâneo do contrato, retratando o papel funcional e promocional que desempenha, em busca de um desenho contratual que exprima a principiologia constitucional. O estudo do tema procurará demonstrar que o contrato não cabe mais em uma moldura individualista que procura a satisfação apenas de interesses das partes. O modelo contratual que se propõe é aquele em que está presente também a preocupação com uma finalidade solidarista que se revela tanto por sua função social como pela exigência de observância da boa-fé objetiva. O trabalho abordará de forma breve a evolução histórica do contrato e analisará as funções que deve desempenhar na atualidade, em especial a função social e as funções inerentes à ideia de boa-fé. Nesse contexto, será analisada a dinamicidade das cláusulas gerais responsáveis pela maleabilidade e flexibilização da autonomia privada. Dessa forma, permeando as noções de função social e boa-fé, será examinada a restrição na liberdade de contratar, salientando que além de espelhar os ideais solidaristas da ordem constitucional, o contrato não pode perder sua característica fundamental que é exprimir os interesses e vontade dos contratantes.

**PALAVRAS-CHAVE:** Contrato; Função Social; Boa-fé Objetiva; Cláusula Geral; Negociabilidade.

**ABSTRACT**

The work aims to draw a contemporary profile of the contract, portraying its functional and promotion role, seeking a contract design that expresses the constitutional principles. The study of the subject will seek to demonstrate that the contract no longer fits into an individualistic frame who seeks only the satisfaction of interests of the parties. The contractual model that is proposed is one in which also contains the concern with a solidarist purpose that is revealed both by their social function as per the requirement of compliance with objective good faith. The work will address briefly the historical evolution of the contract and will examine the roles it should play in contemporary society, especially the social function and the functions inherent in the idea of good faith. In this context, will be examined the dynamics of the general clauses responsible for the malleability and flexibility of private autonomy. Thus, permeating the notions of social function and good faith, the restriction on freedom of contract will be examined, noting that besides reflecting the

---

\* *Luciana Costa Poli*. Pós-Doutoranda pela UNESP (Bolsista da CAPES/PNPD). Doutora em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestra em Direito e Instituições Políticas pela Universidade FUMEC/MG. Bacharela em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

\* *Bruno Ferraz Hazan*. Doutorando em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Bacharel em Direito pela Universidade FUMEC/MG. Professor na Escola Superior Dom Helder Câmara/MG.

solidarists ideals of the constitutional order, the contract cannot lose its fundamental characteristic that is to express the contractor's interests and wishes.

**KEYWORDS:** Contract; Social Function; Objective Good Faith; General Clauses; Negotiability.

## 1 INTRODUÇÃO

O trabalho se propõe a analisar o papel funcional na contratação, tendo como base a boa-fé objetiva e a função social. Pretende-se demonstrar que contrato hoje é instrumento dinâmico, voltado não apenas à satisfação dos interesses ou necessidades individuais das partes, mas direcionado também à produção de efeitos externos às partes contratantes.

Partindo de uma visão histórica, que perpassa pelo modelo contratual que adentrou no movimento oitocentista de codificação por meio da ideologia burguesa que apregoava a não intervenção do Estado e elevava a manifestação da vontade dos contratantes ao caráter de dogma, passa-se a analisar a feição atual dos contratos que estabelece novos parâmetros para a negociabilidade.

Nesse contexto, a funcionalização do contrato é visível com a adoção de cláusulas gerais pelo Código Civil de 2002 que claramente tiveram inspiração nos valores e princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade. Da autonomia da vontade, marca do Estado Liberal, passa-se ao conceito de autonomia privada. A liberdade de contratar sofre limitações, como a função social, a boa-fé objetiva, os princípios e valores constitucionais. O contrato agora é palco para que os atores individuais atuem em prol de interesses outros que não meramente alcançar a finalidade econômica do contrato.

A função social, segundo a concepção que se apresentará, preconiza, sobretudo, que as obrigações oriundas dos contratos valem não apenas porque as partes as assumiram voluntariamente, mas também porque interessa à sociedade a tutela das situações jurídicas geradas com a contratação.

Examinando brevemente o desenvolvimento histórico da boa-fé no Brasil, Alemanha e França, serão analisadas as funções que desempenha, além de se buscar esclarecer seu conteúdo, considerando sua indefinição conceitual, dada sua natureza de cláusula geral.

A liberdade contratual, na acepção atual, passa a ser compreendida como um poder-

dever. Ao facultar ao indivíduo o poder de contratar, impõe-lhe o ordenamento jurídico o dever de fazê-lo de forma a cooperar com a coletividade em que está inserido, colaborar com seu parceiro contratual, agir de forma proba, ética e leal e de perseguir, não apenas seus próprios interesses, mas, ainda, interesses extracontratuais socialmente relevantes, dignos de tutela jurídica, que se inter-relacionam com o contrato de alguma forma ou são por ele atingidos.

Assim, procurar-se-á demonstrar que o entrelaçamento entre as diversas funções que hodiernamente são atribuídas ao contrato, colocam em cheque sua característica essencial: espelhar a vontade e o interesse das partes. Neste diapasão, apresentar-se-á o desafio do intérprete ao preencher o conteúdo das cláusulas gerais da boa-fé e função social sem descaracterizar o poder de negociação dos interessados.

## **2 BREVE ANÁLISE DO CONTRATO CONTEMPORÂNEO**

A conformação do contrato contemporâneo em muito se difere do modelo contratual romano, marcado pelo rigor formal, pela observância de ritos específicos a cada tipo contratual<sup>1</sup>, por sua visão estática e por sua função essencialmente econômica.

O contrato hoje é instrumento dinâmico, voltado não apenas à satisfação dos interesses ou necessidades individuais das partes, mas direciona-se também à produção de efeitos externos às partes contratantes. A teoria contratual atual sustenta que o contrato é “relação jurídica subjetiva, nucleada na solidariedade constitucional, destinada à produção de efeitos jurídicos existenciais e patrimoniais, não só entre os titulares subjetivos da relação, como também perante terceiro” (NALIN, 2007, p. 253).

Atenua-se, conseqüentemente, o princípio da relatividade dos efeitos dos contratos, princípio clássico, cultuado no Estado Liberal, que pregava que o contrato só interessava aos próprios contratantes. Não se considerava, nesse contexto, a extensão dos efeitos do contrato à sociedade. Se o Estado Liberal, não intervencionista, não se preocupava em materializar o

---

<sup>1</sup> “Não bastava o enunciado da lei. Tornava-se preciso também um conjunto de sinais exteriores, como que ritos de uma cerimônia religiosa, chamada contrato, ou processo judicial. Por esse motivo, para haver qualquer venda, deviam usar um pedaço de cobre e a balança; para comprar algum objeto, era necessário tocá-lo com a mão, *mancipatio*; quando se disputava qualquer propriedade, tratava-se de um combate fictício, *manuum consertio*” (COULANGES, 1995, p. 74).

equilíbrio contratual entre as partes, bastando a observância da justiça formal, sequer voltava os olhos para os possíveis nefastos efeitos que a contratação poderia exercer em seu entorno.

Nessa perspectiva, o contrato, exaltado por Roppo (2009, p. 32) como a “mola propulsora do capitalismo” assume novas funções, ao lado da tradicional *função econômica*. Fala-se em *função pedagógica*, o contrato como meio de aproximação de cidadão comum com o ordenamento jurídico, já que a contratação desperta, ou deveria despertar, a curiosidade ou mesmo a necessidade de consulta à legislação pertinente. O contrato educa, ensina e civiliza o homem (FIUZA, 2011, p. 315). Formando a tríade, há a *função social*, tema de acalorados debates, dada a sua enorme relevância, repercussão e miríade de nuances, a ser analisada no capítulo seguinte.

O contrato, na moldura da ideologia do Estado Liberal, era palco de uma pretensa liberdade “ilimitada” das partes para autogerirem seus interesses privados. Cunhou-se o princípio da autonomia da vontade como “o poder ou a possibilidade de o indivíduo produzir direito que, no campo contratual, corresponde à chamada *liberdade contratual*” (MELO, 2011, p. 82).

Consequentemente, a liberdade de contratar passou a ser conjugada com a obrigatoriedade contratual. Quem contrata, contrata porque quer, estabelece as próprias regras (o contrato faz lei entre as partes), e, por conseguinte, obriga-se a seu cumprimento. Daí a máxima *pacta sunt servanda*.

Encobre-se o contrato, nessa época, de inviolabilidade, seja perante o Estado, seja perante a sociedade. Cria-se, assim, um vínculo negocial dotado de legitimidade e verdadeira normatividade entre as partes, demonstrando a hegemonia da ética individualista, dominante no ambiente impulsionado pela burguesia (ROPPO, 2009, p. 32-33), que via no contrato o meio para propagar a aquisição de bens. O ideário liberal concentrado em suas metas não intervencionistas proclama: “quem diz contratual diz justo”<sup>2</sup>.

Nesse contexto, o contrato está a salvo de qualquer intervenção, já que o direito reduzia-se quase que exclusivamente a uma função legislativa, não havendo espaço para uma atividade verdadeiramente interpretativa. Os modelos legais, a exemplo o *Code Napoléon*, deveriam ser aplicados quase que automaticamente, ignorando a complexidade do tecido

---

<sup>2</sup> “O ideal revolucionário burguês de ‘garantir propriedade a todos’ era realizado por meio do contrato. Dessa forma, toda dogmática contratual foi concebida, naquele período, tendo como premissa a liberdade de contratar” (MELO, 2011, p. 78).

social. Vagava-se por uma racionalidade esmagadora de qualquer exercício dialético com a realidade existente.

O papel do magistrado, segundo a célebre expressão de Montesquieu, era apenas de *bouche de la loi*, ou seja, a aplicação da lei era meramente por subsunção àquilo que havia sido previsto pelo legislador. Nada mais deveria ser realizado pelo juiz, além do que a indicação da lei. Tudo em prol da segurança jurídica e do respeito às esferas individuais invioláveis dos particulares.

Esse é o modelo contratual que adentrou no movimento oitocentista de codificação, primeiro na França, depois na Alemanha. Fruto da vitória política da classe burguesa, o *Code Napoléon* é o primeiro grande código da Idade Moderna, refletindo uma França pós-revolucionária, mantendo-se fiel às diretrizes desse movimento. A igualdade, a liberdade e a fraternidade, no campo político, se tornariam, no campo jurídico-contratual, liberdade de contratar, de escolher com quem contratar e de estipular o conteúdo do contrato. “O legislador francês do *code civil* concebeu o contrato como mero instrumento de aquisição e transferência da propriedade, não sendo aquele um instituto autônomo, mas servil a esta” (MELO, 2011, p. 78).

Décadas após a promulgação do *Code*, o Código Civil alemão de 1896 (*Bürgerliches Gesetzbuch*), inspirado ainda no pensamento liberal-burguês, e baseado no estudo da escola pandectista alemã, desenvolveu uma teoria do contrato, identificando-a a uma categoria geral e abstrata, a do negócio jurídico. Segundo Amaral (2008, p. 387):

A categoria do negócio jurídico surge, assim, como produto de uma filosofia político-jurídica que, a partir de uma teoria do sujeito, com base na sua liberdade e igualdade formal, constrói uma figura unitária capaz de englobar, reunir, todos os fenômenos jurídicos decorrentes das manifestações de vontade dos sujeitos no campo da sua atividade jurídico-patrimonial.

A sistematização da teoria do negócio jurídico formou um arcabouço teórico, que enclausurou o contrato a uma categoria hermética e impermeável, a uma mera espécie do gênero negócio jurídico, impenetrável às nuances que o contrato de fato assume. Essa visão míope do que seria o contrato não poderia prosperar, pois ignorava todos os elementos dinâmicos da relação contratual.

O contrato assim concebido, como fruto da autonomia da vontade e justiça formal, tornou-se escravizador, já que mero instrumento de sujeição de um indivíduo sobre outro,

criando uma relação de submissão, dadas às enormes discrepâncias, econômicas, sociais e culturais dos contratantes. O limbo abstrato no qual o direito permanecia era incapaz de dar concretude a qualquer pretensão de equilíbrio contratual.

A deficiência desse modelo, dessa teoria negocial estruturada – científica, mas afastada da realidade –, embora tardia, manifestou-se: o contrato não se encaixa em categorias estruturais pré-definidas, é o “ocaso do negócio jurídico” (FIUZA, 2011, p. 205).

A constatação dessa deficiência foi sentida após a deterioração do Estado Liberal. O panorama apresentado marcou a modernidade e o século XIX, imerso no contexto de ruptura com os Estados absolutos e na necessidade de afirmação do capitalismo como sistema econômico e da burguesia como classe dominante (ROPPO, 2009, p. 122).

A Pós-Modernidade se caracteriza por uma feição intervencionista e pela positivação de regras jurídicas, principalmente por uma construção principiológica que tem a pretensão de garantir direitos sociais, econômicos e culturais, demonstrando uma alteração de foco: da igualdade formal para a igualdade substancial (AMARAL, 2003, p. 72).

Abalam-se as estruturas conceituais sobre as quais o conceito clássico de contrato assentava-se, já que “o Estado social, desde seus primórdios, afetou exatamente os pressupostos sociais e econômicos que fundamentaram a teoria clássica do contrato” (LÔBO, 2011, p. 20). Abrem-se novas bases para um desenho contemporâneo de contrato.

Ao contrato, como assinalado no início deste capítulo, são atribuídas outras funções, mirando não apenas as partes contratantes, mas a coletividade. Nessa perspectiva, de “figura jurídica central do capitalismo” (ROPPO, 2009, p. 22), passa a sofrer alterações em sua base principiológica, que começa a lhe impor restrições e formatações que o levam a cumprir não apenas um “papel de vestimenta jurídica para as operações econômicas” (ROPPO, 2009, p. 23), mas também de concretização da almejada justiça social (BARROSO; MORRIS, 2008, p. 41). “A intangibilidade da vontade individual cede frente à exigência de justiça social” (BIANCA, 2007, p. 56).

A funcionalização do contrato<sup>3</sup> é visível com a adoção de cláusula gerais pelo Código

---

<sup>3</sup> “Funcionalizar é atribuir ao instituto jurídico uma utilidade ou impor-lhe um papel social. [...] O processo de funcionalização tem sua raiz histórica no período das Grandes Guerras, momento em que a unidade do Direito Privado, em especial a alemã, se viu insuficiente para atender ao pós-guerra que se impôs na Europa em geral, com a restrição da liberdade contratual e utilização da propriedade. A intervenção estatal põe em cheque a concepção de direito subjetivo até então moderna (proprietário e contratante) agregando aos seus conceitos uma função social.” (NALIN, 2007, p. 216-217).

Civil de 2002<sup>4</sup>, de caráter cogente. Incidem na formação, no conteúdo e na realização dos contratos, fomentando “formas de intervenção legislativa sobre o regulamento contratual particularmente incisivas e a *formas de restrição da autonomia privada particularmente penetrantes*” (ROPPO, 2009, p. 34).

De acordo com Canaris (1996, p. 143), a cláusula geral se caracteriza por “ela estar carecida de preenchimento com valorações, isto é, ela não dar os critérios necessários para a sua concretização, podendo-se estes, fundamentalmente, determinar apenas com a consideração do caso concreto respectivo”.

Da autonomia da vontade, marca do Estado Liberal, passa-se à autonomia privada. A liberdade de contratar sofre limitações, como a função social, a boa-fé objetiva, os princípios e valores constitucionais. A liberdade dos contratantes encontra-se “*fundamentalmente subordinada à solidariedade social*” (BIANCA, 2007, p. 57). Aduz Neves (2010, p. 62) que:

[...] por um lado, a concreta e material realização do direito faz com que as normas legais se vejam duplamente transcendidas, relativamente às possibilidades normativas que objectivam, pela simultânea e constitutiva referência aos princípios fundamentantes do direito enquanto tal (do normativamente integral sistema do direito) e ao *concretum* problemático dessa realização, e que, por outro lado, o direito que legalmente se realiza é ele próprio um *continuum* constituindo em função de uma dialéctica normativa que articula os princípios normativo-jurídicos com o mérito jurídico do problema concreto através da mediação das normas legais.

A intervenção do Estado no universo contratual, ou dirigismo contratual, pretende direcionar o contrato como instrumento de implementação das políticas e valores sociais almejadas pelo Estado. O direito civil dito constitucional (TEPEDINO, 1999, p. 349), por conseguinte, figura-se como “corolário de uma revolução epistemológica nucleada pela esfera *existencial* que se agregou à civilística por influência da Constituição democrática do Estado social avançado” (BARROSO, 2012, p. 155).

### **3 BOA-FÉ OBJETIVA: HISTORICIDADE**

Estudos de direito comparado revelam o sucesso da noção de boa-fé que ecoa no

---

<sup>4</sup> Em especial os artigos 421 e 422. Art. 421. “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Art. 422. “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

desenvolvimento do direito contratual contemporâneo europeu, comunitário, internacional e nacional (POILLOT, 2006, p. 276). A boa-fé ultrapassou os campos do direito obrigacional e alastrou-se pelo direito de família, direito empresarial, dentre outros.

É possível distinguir dois significados e duas funções da boa-fé. No sentido objetivo, a boa-fé é percebida como sendo o método utilizado para moralizar as relações contratuais e para temperar as desigualdades que possam resultar do dogma da autonomia. No sentido subjetivo, a boa-fé é a crença sobre a existência, ou não, de direito de outrem e a ciência, ou não, de sua violação.

A dicotomia objetivo/subjetivo é encontrada em uma série de sistemas legais, como um primeiro esforço de racionalização, para dissipar as incertezas que cercam as suas múltiplas facetas e funções. Poder-se-ia questionar se essa sistematização é de fato útil, mas tal escopo foge ao objetivo desse trabalho.

O foco aqui é a acepção objetiva, consubstanciada no dever das partes de se pautar na relação contratual com retidão e lealdade, exaltando a confiança que cada uma depositou na outra. Impõe, assim, uma forma escorreita à contratação, estabelecendo parâmetros valorativos de conduta das partes.

Etimologicamente, o termo boa-fé origina-se na expressão *bona fides*: fidelidade, confiança, sinceridade. O princípio da boa-fé deita suas raízes no Direito Romano, refletindo em alguma medida seus três pilares: *honestere vivere* (viver honestamente), *alterum non laedere* (não prejudicar ninguém) e *suum cuique tribuere* (dê a cada um o que lhe é devido). Já na antiguidade os romanos se preocupavam com o estabelecimento de princípios na aplicação do direito.

Menezes Cordeiro (2001, p. 59) relata com mais acuidade a origem da boa-fé romana. A *fides* romana se concretizava nas relações entre a clientela (grupo de pessoas que se situavam entre o cidadão livre e o escravo, que em troca da promessa de proteção e favores – *fides promessa* –, submetiam-se a certos deveres de lealdade e obediência – *fides poder*) e os patrícios. Progressivamente, foram desaparecendo os elementos de sujeição e da noção de *fides promessa* evolui-se para a ideia de garantia, ligada à palavra dada.

No entanto, ainda em Roma, o instituto da boa-fé dilui-se passando a identificar situações jurídicas distintas sem contornos claros quando visto de forma isolada. A situação é patente quando se migra do direito das obrigações para os direitos reais: o instituto da



*usucapio* tem como requisito a *bona fides*, querendo dizer o estado de ignorância<sup>5</sup> por parte do possuidor de vício ocorrido na aquisição do bem, sobre o qual será constituído o direito real.

Na cultura germânica, a fórmula do *treu und glauben* demarca o sentido de boa-fé. *Treu* (lealdade) e *glauben* (crença), analisadas no contexto medieval dos juramentos de honra e das tradições cavaleirescas, traduzem um significado completamente diferente da boa-fé romana. A garantia de manutenção e cumprimento da palavra dada não se vincula mais a uma ótica subjetiva (do garante ou cliente), mas a uma perspectiva ética, objetiva, ligada à confiança geral estabelecida em nível de comportamento coletivo (MARTINS-COSTA, 1999, p. 126).

No direito alemão contemporâneo, a boa-fé é princípio de direito, a ser observado no exercício de direitos, considerando-se os limites sociais e éticos vigentes. É salvaguarda dos interesses legítimos e estabelece um padrão de comportamento honesto e leal em transações negociais ou não. O princípio é explicitamente incluído em diversos artigos do Código Civil Alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch – BGB*)<sup>6</sup>.

É cânone interpretativo dos contratos e das demais relações jurídicas e alinha-se também à observância dos usos e costumes locais. Como exemplos: não é apropriado um devedor executar serviços no meio da noite (fora de época); o devedor deve utilizar-se de todos os meios possíveis para obter sucesso no desempenho de sua prestação (dever de lealdade e de energia); credores e devedores são obrigados a criar as condições para a execução do contrato, em interação (dever de cooperar); as partes devem se comprometer a não prejudicar o modo que a vida, saúde e propriedade da outra parte (MEDICUS, 1993, p. 87).

O compromisso da boa-fé se estende, resultando em várias obrigações adicionais (deveres colaterais ou anexos) que podem surgir, dependendo do caso e do conteúdo da obrigação, e que as partes devem aderir (informar, aconselhar, expor com clareza, cuidado, proteção).

Além disso, a confiança que a boa-fé imprime proíbe o exercício abusivo de um direito ou de uma posição hegemônica no contrato. Em suma, nesse contexto, lealdade significa tanto confiabilidade quanto consideração. Fé é a confiança na lealdade do outro. As

---

<sup>5</sup> Essa é a acepção subjetiva da boa-fé.

<sup>6</sup> Como por exemplo, nos §157 e §242 do Código Civil alemão (BGB).

formas de comportamento realmente praticadas são tidas em conta, de maneira a proteger uma conduta, coibindo-se comportamentos contraditórios.

Apesar de adotado com vigor pelo BGB na Alemanha, o conceito de boa-fé na contemporaneidade repousa suas raízes na França, com a promulgação do Código Civil em 1804, também conhecido como Código de Napoleão (*Code*), como noção fundamental do direito dos contratos, segundo a qual as convenções devem ser contratadas e executadas de boa-fé (JAUFFRET-SPINOSI, 2006, p. 27).

No entanto, apesar do pioneirismo, em razão do ideário liberal da autonomia da vontade, do medo da sua transformação em um dogma absoluto, ou da aplicação arbitrária dos juízes, como acontecia no antigo regime, a boa-fé permaneceu como letra morta ou servia para dar força ao *pacta sunt servanda*, conforme decidido no acórdão da Corte de Cassação (*Cour de Cassation*), de 6 de março de 1876, no caso do Canal de Craponne (CAPITANT; TERRÉ; LEQUETTE, 2006, p. 234).

Na França, que ainda lutava para livrar-se dos resquícios do *Ancien Régime* (Absolutismo), princípios, entre eles o da boa-fé, por serem vagos e imprecisos, causavam insegurança demasiada. Primava-se pela utilização de termos precisos que não permitiam dúvidas quanto à obrigatoriedade das convenções, pois reinava o temor do arbítrio judicial. Por isso, a estrutura jurídica desejada pela ascendente burguesia deveria ser rígida e estratificada, afastando qualquer intervenção do Judiciário.

O temor de um *gouvernement des juges* (governo de juízes) pairava como uma lembrança sombria sobre as recentes reformas francesas pós-revolucionárias, lançando seus matizes sobre o processo de codificação. A segurança desejada pela burguesia residia na ênfase da completa separação de poderes, assegurando que ao Poder Judiciário seria negado o poder de ditar o direito, ainda que sob o disfarce de interpretação jurídica (MERRYMAN, 2009, p. 56).

Na esteira desse pensamento, fruto da ideologia liberal e individualista que permeou todo o século XIX, o conteúdo do princípio da boa-fé, apesar de presente na codificação francesa em seu artigo 1.134, foi ignorado ou esvaziado. Deixa de constituir um instrumento flexibilizador dos negócios jurídicos com o qual o intérprete pode, em certos casos, limitar a autonomia privada e passa a ser, sobretudo, um instrumento de consolidação da ideologia dominante, onde boa-fé passa a ser, acima de tudo, um instrumento de consolidação da autonomia da vontade e confirmador do *pacta sunt servanda*.

Somente na segunda metade do século XX, diante das mudanças ocorridas na sociedade, do desenvolvimento do comércio internacional, do crescimento cada vez maior do consumo em massa e da preocupação com a proteção da parte mais débil no contrato, é que a boa-fé no direito francês assume novos contornos. Passa a ter um fundo solidarista e de consciência ética da sociedade. Assim, a contratação de boa-fé passa a ser concebida como a presença da ética nos contratos:

A boa-fé agrega uma exigência ético-social que é, ao mesmo tempo, de respeito à personalidade alheia e de colaboração com os demais. Ela se distingue de outras exigências da convivência, em seu aspecto positivo, pois impõe, não simplesmente uma conduta negativa a respeito, senão uma ativa colaboração com os demais, encaminhada a promover seu interesse (LOUREIRO, 2004, p. 66).

No Brasil a boa-fé aparece primeiramente no Código Comercial de 1850 em seu artigo 131, com a previsão de que sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, entre outras regras, deveria se basear na inteligência simples e adequada, mais próxima à boa-fé e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato do que a rigorosa e restrita significação das palavras. O Código Civil de 1916, seguindo o modelo codicista francês, não tratou a boa-fé expressamente.

O Código Civil de 2002, por sua vez, inspirado na expressão germânica *treu und glauben*, que na tradução literal significa “lealdade e confiança”, consagrou a boa-fé, assimilando-a como a exigência de que os contraentes se comportem de forma ética, ou seja, de acordo com o que se espera de todos<sup>7</sup>, indistintamente: honestidade, probidade e lealdade.

A boa-fé objetiva, segundo a conotação que adveio da interpretação conferida ao §242 do Código Civil alemão, de larga força expansionista em outros ordenamentos, e bem assim, daquela que lhe é atribuída nos países do *common law*, é concebida como modelo de conduta social, arquétipo ou *standard* jurídico, segundo o qual cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como faria um homem reto: com honestidade, lealdade e probidade.

Menezes Cordeiro (2001, p. 742) defende que a boa-fé traduz um estágio juscultural e exprime um modo de decidir próprio de certa ordem jurídica.

---

<sup>7</sup> Na doutrina francesa, a conduta a ser imposta pela boa-fé é comparada à conduta adotada pelo bom pai de família (*bon père de famille*), como uma pessoa prudente, diligente, sensata (CAPITANT; TERRÉ; LEQUETTE, 2006, p. 154).

Com efeito, a noção de boa-fé objetiva, no contexto atual do direito contratual, está profundamente ligada ao valor ético. Nesse sentido, dá juridicidade a ideias como lealdade, correção, veracidade e justa expectativa, que compõe o substrato da ética nos contratos, repercutindo, dessa forma, sobre todo o universo dos contratos, inclusive sobre os demais princípios contratuais.

Assim, a boa-fé como princípio contratual implica numa superação do individualismo da mera autonomia da vontade, concebida na perspectiva tradicional dos contratos, e da reconstrução das relações contratuais sob uma ótica instrumental de flexibilização dos negócios jurídicos.

#### **4 FUNÇÕES DA BOA-FÉ OBJETIVA**

Seria possível encerrar o conceito de boa-fé em uma definição? A boa-fé como cláusula aberta indica uma noção, um direcionamento. Parece difícil dar-lhe um significado preciso e inequívoco. Há, nas cláusulas gerais, um halo conceitual, um espaço a ser preenchido<sup>8</sup>. Por essa razão, é preferível investigá-la, em busca de concretude, pelas funções que pode desempenhar.

##### **4.1 A função hermenêutico-integrativa ou função completiva**

A boa-fé atua como cânone hermenêutico integrativo, a fim de qualificar comportamentos à busca da plena produção dos efeitos correspondentes ao contrato realizado<sup>9</sup>. Funciona como um critério objetivo a guiar o juiz na busca da supressão das lacunas da relação contratual, de forma a preservar as justas expectativas das partes contratantes, observadas as finalidades econômicas e sociais do contrato. Assevera Martins-Costa (1999, p. 439) que o princípio da boa-fé:

---

<sup>8</sup> Segundo Engisch (2008, p. 209), quando há uma noção clara do conteúdo e da extensão de um conceito, está-se no domínio do núcleo conceitual. Onde as dúvidas começam, começa o halo conceitual.

<sup>9</sup> Artigos 113 e 422 do Código Civil.

[...] deve ser compreendido, neste específico campo funcional, o mandamento imposto ao juiz de não permitir que o contrato, como regulação objetiva, dotada de um específico sentido, atinja finalidade oposta ou contrária àquela que, razoavelmente, à vista do seu escopo-econômico social, seria lícito esperar.

É possível traçar uma linha clara entre a interpretação e a integração de um contrato ou não há diferença entre os dois? A interpretação considera os desejos das partes, pretende esclarecer aquilo que quiseram no momento da contratação. A utilização de ferramentas, como a analogia, para integrar o contrato foge à busca da vontade das partes. Por isso, conforme relata Stoffel-Munck (2000, p. 65), a interpretação que complementa ou integra se distingue da interpretação propriamente dita.

#### **4.2 A função extensiva de deveres jurídicos**

A complexidade das relações obrigacionais traduz a ideia de que o vínculo contratual abriga, no seu seio, não um simples dever de prestar, simétrico a uma pretensão creditícia, mas antes vários elementos jurídicos dotados de autonomia bastante para, de um conteúdo unitário, fazerem uma realidade composta de diversos deveres. Essa realidade composta, se observada do ponto de vista ético nos contratos, implica muitas vezes em extrapolar os deveres dispostos no texto contratual de forma a buscar a proteção das partes contratantes e de suas razoáveis expectativas (MENEZES CORDEIRO, 2001, p. 721).

A par dos deveres explicitados no texto contratual, a boa-fé amplia as obrigações contratuais, integrando-as com obrigações instrumentais de conservação e respeito ao direito alheio, chamados deveres anexos ou laterais. Deveres de cooperação e proteção dos recíprocos interesses que se dirigem concomitantemente aos participantes do vínculo obrigacional.

Assim, tem-se, por exemplo, o dever do sigilo, como nas situações em que as partes devem guardar segredos sobre informações e situações que tomaram conhecimento em razão do contrato ou das negociações pré-contratuais, quando a difusão da informação possa ser prejudicial à parte contratante; o dever da informação, para que as partes tenham pleno conhecimento das recíprocas contraprestações oferecidas e das circunstâncias que as envolvem, dever que ganha relevo numa sociedade de consumo de massa e em que os objetos contratados muitas vezes envolvem conhecimento técnico além da capacidade do cidadão

comum; o dever da colaboração, como os da prestação de assistência técnica na utilização de determinado produto que exija conhecimento técnico especializado, ou o dever de não dificultar o pagamento da obrigação, como na situação em que a empresa vendedora envia o boleto bancário para pagamento de forma que chegue com antecedência razoável ao consumidor; o dever do cuidado e proteção, como o do guardião de coisa que não se limita a guardar o bem, mas também tomar todo o cuidado necessário para a conservação da coisa com o seu adequado acondicionamento (MARTINS-COSTA, 1999, p. 189).

Trata-se de deveres que têm o escopo de atender a justa expectativa das partes. Obriga-as, por esse motivo, a realizar todos os atos necessários para que seja alcançado o fim desejado, ainda que tal comportamento não tenha sido explicitado como obrigação contratual, tendo em vista as finalidades econômico-sociais específicas do contrato e desde que não se onere excessivamente nenhuma das partes.

Percebe-se o entrelaçamento entre função social e boa-fé, que atuam juntos de forma a tornar o contrato um instrumento hábil a promover trocas equilibradas, justas, dignas e solidárias. Nesse momento, visualiza-se que adotar uma visão solidarista do contrato não se resume a transformá-lo em meio de fomento para a sociedade, mas também torná-lo palco de troca de interesses de forma respeitosa, ética e proba.

#### **4.3 A função restritiva de direitos**

A boa-fé atua como parâmetro limitativo da vontade das partes, não admitindo condutas que contrariem o mandamento de agir com lealdade e probidade. Encerra nessa acepção a proibição do *venire contra factum proprium* (proibição de comportamentos contraditórios). Aquele que exerce posição jurídica em contradição com o comportamento exercido anteriormente age deslealmente. Exerce assim um controle sobre o contratante, uma vedação genérica à deslealdade (MARTINS-COSTA, 2004, p. 110). Assim, o comportamento das partes é pautado, dirigido e está vinculado a um padrão social.

Imagina-se que, em vista de um determinado comportamento, exista um investimento, cria-se uma confiança de que a conduta adotada até então seja mantida, tutela-se a confiança e a justa expectativa. Essa concepção coloca em cheque a primazia da vontade como fonte primordial das obrigações, para uma visão que, solidária, se faz atenta à repercussão externa dos atos individuais sobre os diversos centros de interesses, atribuindo-

lhes eficácia obrigacional independentemente da vontade ou da intenção do sujeito que os praticou (MENEZES CORDEIRO, 2001, p. 729).

Esse limite pode ser visualizado ainda pelo próprio dever de lealdade, consistente na abstenção de todo o comportamento injusto, enquanto o dever de cooperação impõe uma obrigação positiva de agir.

Embora em muitos sistemas jurídicos, como é o caso brasileiro, a legislação se refere a aplicação do dever de boa-fé durante a execução de um contrato – o que não exclui a sua aplicação em todo o processo contratual. Consequentemente, determinados aspectos da boa-fé serão examinados num primeiro momento durante a formação do contrato, enquanto outros durante o seu desempenho (JAUFFRET-SPINOSI, 2006, p. 23).

## **5 DOMESTICANDO A BOA-FÉ**

Mais do que uma regra, a boa-fé também é usada como um *standard*, um princípio geral, uma máxima, uma norma de conduta, um dever, uma obrigação, uma cláusula geral. Estas possíveis inconsistências terminológicas e conceituais revelam a adoção da boa-fé em quase todos os sistemas jurídicos e ao uso frequente e, por vezes, anárquico do instituto. Essa abrangência enriquece o estudo do tema e suscita controvérsias salutares, de forma a permitir uma consistência maior na sua aplicação a partir da troca de experiências.

Certo é que, de forma geral, a análise substantiva revela que a boa-fé é uma norma aberta, cujo conteúdo não pode, nem deve ser determinado de uma forma abstrata. Ao contrário, seu conteúdo deve ser buscado de forma a adaptá-la às circunstâncias específicas que cercam cada caso. Mas isso implica que a determinação do teor da boa-fé depende apenas da personalidade ou da convicção do juiz para resolver o litígio? Não necessariamente. Parece possível objetivar a aplicação da noção de boa-fé, sem retirar-lhe sua característica de cláusula aberta, fornecendo aos julgadores diretrizes teóricas, sem congelá-la ou retirar-lhe sua característica essencial: a adaptabilidade.

É importante fornecer certos critérios para permitir aos juízes determinar o conteúdo da boa-fé, em diferentes situações factuais. Enquanto alguns sistemas jurídicos preveem expressamente os elementos destinados a racionalizar a interpretação do dever de boa-fé, a maioria dos sistemas, como o do Brasil, permanece silente. É, portanto, ao pensamento

acadêmico que cabe propor elementos de racionalização.

Por isso, a determinação de suas funções funciona como critério racionalizador e permite organizar as diferentes acepções que pode tomar.

Para além do desenvolvimento de uma metodologia particular, as tentativas para racionalizar a boa-fé podem ser encontradas no desenvolvimento de teorias legais. Sem pretender listá-las de forma exaustiva, refira-se a *excluder theory*, (SUMMERS, 2000, p. 154) segundo a qual o efeito do conceito de boa-fé seria excluir os tipos de conduta imprópria que possam caracterizar uma atuação de má-fé. Segundo essa teoria, uma lista de comportamentos deve ser excluída pela exigência da boa-fé: evasão do espírito do acordo, a falta de diligência e informação, deslealdade, falta de cooperação no desempenho da outra parte e retirada abrupta de uma proposta. Esta análise recebeu acolhida na comunidade acadêmica<sup>10</sup> e tem norteado a aplicação da boa-fé pelos tribunais americanos.

Também na Alemanha há a tentativa de racionalização ou objetivação da noção de boa-fé, a partir de uma metodologia adotada por autores alemães. Trata-se de determinar as funções da boa-fé e organizar as diferentes decisões relativas à noção – *Treu und Glauben* – em vários grupos. O resultado é um sistema de deveres por vezes bastante específicos e a divisão das acepções da boa-fé segundo suas particularidades em grupos. O primeiro grupo elenca casos em que o contrato pode ser corrigido se fatos e circunstâncias mudarem, ou seja, quando a aplicação de regras rígidas em casos individuais leva a resultados injustos isso poderia ser corrigido com as categorias de “boa fé” e “prática justa”. Em outro grupo, a passagem do tempo e a inércia do credor criam no devedor a confiança de que uma nova regra foi criada e o credor não irá exigir mais o cumprimento inicial da obrigação (SUMMERS, 2000, p. 119).

A vantagem desse sistema seria a previsibilidade da aplicação da boa-fé, que dependeria apenas da ocorrência de situações em que essas características se apresentam. Mas o próprio sistema é falho, é insuficiente, inconsistente e subjetivo. Não consegue determinar com precisão quais seriam essas situações. Talvez isso se deva justamente ao fato de que a boa-fé deve ser encarada como um padrão ético, o que por si só demonstra sua volatilidade no

---

<sup>10</sup> Segundo relata Farnsworth (1963), boa-fé não é conceito novo, mas a doutrina o tem tornado mais claro, considerando que é uma parte vital da estrutura moral da sociedade, além de ser uma exigência de todos os negócios e transações. Não pode ser ignorado nem pela comunidade empresarial, nem pelas instituições ou particulares. A doutrina exerce papel fundamental ao colaborar para torná-lo viável e para permitir que o conceito seja usado no dia-a-dia de forma fácil e prático.



tempo e no espaço, sendo incompatível com a ideia de previsibilidade.

A boa-fé encarada como padrão comportamental ético nunca terá o caráter de uniformidade e absoluta previsibilidade. A tarefa árdua é equilibrar o desejo de previsibilidade, que dá segurança jurídica aos negócios, e manter a maleabilidade ínsita às cláusulas gerais, sem que se tornem objeto do arbítrio de decisões judiciais que subjuguem por completo a autonomia das partes.

A adoção da cláusula geral da boa-fé demonstra a adoção do modelo contratual paternalista, que se revela pela observância de um comportamento socialmente desejável e, conseqüentemente, pelo resultado da avença.

A preocupação de Lorenzetti (2004, p. 155), ao lançar críticas ao modelo contratual paternalista – que permite aos juízes densificar o conteúdo da boa-fé segundo um juízo próprio, outorgando ao contrato significados muitas vezes distintos daqueles efetivamente desejados pelas partes – é relevante. Tratando-se de questões consumeristas, esse modelo altamente intervencionista é interessante para proteger as partes frágeis, porém aplicá-los numa relação de paridade é desconsiderar o poder de negociabilidade das partes.

Ainda que concebida como modelo de conduta social, arquétipo ou *standard* jurídico, segundo o qual cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse padrão, deve-se considerar, no momento de sua aplicação, os fatores concretos do caso, tais como o *status* pessoal e cultural dos envolvidos, não sendo desejável uma aplicação mecânica do *standard*, de tipo meramente subjuntivo.

Os intérpretes, ainda que direcionados a racionalizar o direito positivo, estabelecendo o conteúdo de princípios e cláusulas abertas, são em grande parte influenciados pelo seu próprio tempo, pela cultura e pelas ideologias dominantes. Por esse motivo, a densificação do conteúdo da boa-fé é tarefa árdua, que exige comprometimento e percepção.

Ao buscar o sentido da norma, impõe-se realizar uma interpretação que se coadune com os princípios sobre os quais repousam todo o sistema jurídico que se queira implantar, afastando qualquer análise meramente valorativa, pois assim aumenta-se o “perigo dos juízos irracionais, porque neste caso os argumentos funcionalistas prevalecem sobre os normativos” (HABERMAS, 1997, p. 321-322). Por isso, é inevitável que o princípio da boa-fé se encontre envolvido no processo de efetividade das normas de uma dada comunidade.

Alerta-se que a ausência de contornos de seu conteúdo, apesar de trazer a vantagem de mantê-la sempre atualizada, dada à mobilidade que lhe foi dada pelo próprio sistema, ao

assimilá-la como cláusula aberta, traz também certa incerteza ao mundo negocial, por alinhar a autonomia dos contratantes a um plano secundário, periférico. Há o risco dos contratantes, atores principais na contratação, serem transformados em meros coadjuvantes ou até expectadores, na medida em que a percepção do julgador no caso concreto acabará por moldar a vontade negocial a um juízo de valor momentâneo e nem sempre almejado pelas partes.

Tal preocupação é ainda maior quando se percebe a fragilidade do sistema judiciário, que nem sempre oferece instrumentos efetivos de participação dos próprios contratantes no processo decisório. A dúvida, portanto, permanece: se as cláusulas gerais permitem uma leitura aberta da função social e da boa-fé a partir da percepção do julgador no caso concreto, qual o limite dessa atuação estatal? Como articular ou conformar a autonomia das partes, em face de uma intervenção que se diz útil à sociedade, se pautada em valores sem densificação ou fundamentação?

## **6 A CLÁUSULA GERAL DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO**

A atribuição de uma função social ao contrato, segundo a aceção de Reale (2002, p. 13) demonstra claramente o caráter de socialidade do Código Civil de 2002. A função social foi erigida pelo legislador como cláusula geral, o que revela que o sistema hoje se mostra aberto. Não mais pretende o legislador que os códigos sejam o repertório quase que exclusivo de todas as normas jurídicas, bastando ao magistrado apenas a aplicação literal da lei.

A cláusula geral permite a construção de uma decisão mais coerente com o caso concreto, pois permite ao julgador uma participação ativa na formulação da prestação jurisdicional, na medida em que deverá buscar erigir sua sentença preenchendo o conteúdo da norma dadas as especificidades de cada caso. A cláusula geral, por não ter o conteúdo pré-definido, é mais permeável às vicissitudes sociais.

Poder-se-á dizer que, ao trazer vantagens, a adoção das cláusulas gerais é, ao menos em parte, contrabalanceada pela possível instabilidade e insegurança jurídica que podem introduzir no ordenamento jurídico. A esse respeito, Canaris (1996, p. 143) já afirmou ser “evidente que um sistema móvel garante a segurança jurídica em menor medida do que um sistema imóvel, fortemente hierarquizado com previsões normativas firmes”, razão pela qual o desaconselha, dentre outros, no direito cambiário ou sucessório, isto é, “nos âmbitos onde exista uma necessidade de segurança jurídica mais elevada”.

No estado atual, a segurança jurídica, com muita cautela, pode ser mitigada em prol de outros valores ou princípios, como a equidade contratual e o princípio da solidariedade, mas Dallari (1980, p. 26) nos lembra que:

[...] entre as principais necessidades e aspirações das sociedades humanas encontra-se a segurança jurídica. Não há pessoa, grupo social, entidade pública ou privada, que não tenha necessidade de segurança jurídica, para atingir seus objetivos e até mesmo para sobreviver.

Não obstante, é inegável a alteração do “paradigma da lei” para “o paradigma do juiz”, segundo relata Azevedo (2002, p. 108):

O paradigma, até o final do século XIX, era o da lei propriamente. Os nossos pais certamente aprenderam nas faculdades de Direito que, quando há um conflito, algum problema, a solução está na lei. E essa lei era rígida, de certa maneira universal, geral, e não deveria haver distinções de grupos, pois a lei era para todos. Essa lei deveria ter uma factispecies, uma hipótese legal muito precisa, porque o papel do juiz era justamente o de aplicar a lei de uma maneira automática, silogística. Como dizia um autor antigo, “o juiz tinha um papel passivo”. Esse paradigma da lei entrou em crise no final do século XIX porque, embora tenha obtido muito sucesso em algumas circunstâncias, especialmente para o comércio jurídico, que é um paradigma da lei que dá uma segurança enorme para a população, nesse jogo dos interesses de ordem econômica e social, favorecia muito um determinado tipo de pessoa – o empreendedor, o comerciante, por exemplo –, mas não favoreceu as classes que se tornaram cada vez mais pobres. Então, houve um problema de ordem social que veio se refletir na primeira metade do século XX. Nessa primeira metade do século XX, os juristas começaram a questionar de uma certa maneira o paradigma da lei; e, então, tivemos uma série de providências que o mundo do Direito foi tomando para quebrar aquele sistema de ordenamentos precisos e rígidos. O intuito era o de dar mais poderes ao juiz. Assim, encontramos nesse período uma inflexão do paradigma da lei para o juiz, o juiz ativo. A maneira de dar poder ao juiz corresponde, com o devido respeito ao Poder Judiciário, a uma visão do Poder Judiciário como Poder, porque é o tempo do Estado todo-poderoso. É claro que nem todos os países entraram no esquema de um Estado totalitário. Mas, esmo naqueles que mantiveram o Estado Democrático, a interferência do Estado foi muito forte e, para isso, o Estado, inclusive o juiz, como Poder, precisava de instrumentos. [...] Então, o juiz, de uma certa maneira, recebe uma delegação de poder do Legislativo para integrar a lei com os conceitos jurídicos indeterminados.

Nessa perspectiva, considerando o panorama civil constitucional, a função social do contrato deve ser compreendida tendo como parâmetros hermenêuticos os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), do valor social da livre iniciativa (art. 1º, IV) – fundamentos da República –, da igualdade substancial (art. 3º, III) e da solidariedade social (art. 3º, I).

Impõe às partes o dever de perseguir, não apenas seus próprios interesses, mas,

ainda, interesses extracontratuais socialmente relevantes, dignos de tutela jurídica, que se inter-relacionam com o contrato de alguma forma ou são por ele atingidos. Tais interesses dizem respeito, dentre outros, aos consumidores, à livre concorrência, ao meio ambiente, às relações de trabalho (TEPEDINO, 2008, p. 397). O mesmo autor continua:

A função social é aqui definida textualmente como a razão da liberdade de contratar. Disto decorre poder-se afirmar que a funcionalização constitui dado essencial à situação jurídica, qualifica-a em seus aspectos nucleares, em sua natureza e disciplina. [...] Toda situação jurídica patrimonial, integrada a uma relação contratual, deve ser considerada originariamente justificada e estruturada em razão de sua função social. (TEPEDINO, 2008, p. 398).

A norma jurídica não se limita a obrigar; também faculta, atribui um âmbito de atividades autônomas a um ou mais sujeitos, legitimando pretensões ou exigibilidades (REALE, 2000, p. 211), ou, em outras palavras, a interferência do Estado na autonomia contratual não há de ser apenas restritiva, deve ser vista como necessária para a promoção da dignidade, da solidariedade, dentre outros.

O conceito contemporâneo de contrato desafia o intérprete a compreender a função social e a questionar se exerce um papel apenas para promoção de interesses exógenos à contratação ou se a função social atua também de forma a conduzir as partes a uma conduta que preserve o equilíbrio da relação contratual.

## **7 UMA POSSÍVEL INTERPRETAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS**

O dispositivo do artigo 421 do novo Código Civil ensejou acirrada controvérsia a respeito de sua mais correta interpretação. Isso porque, a interpretação meramente gramatical poderia ensejar a ideia de que para a validade do contrato seria necessário o cumprimento de um novo requisito<sup>11</sup>, consistente na observância à função social. Nessa perspectiva, somente se celebrado em prol da coletividade é que seria merecedor de tutela jurídica.

Por essa concepção, a função social preconiza que as obrigações oriundas dos contratos valem não apenas *porque as partes as assumiram voluntariamente, mas também*

---

<sup>11</sup> Esse elemento se somaria à capacidade do agente, à licitude e determinação do objeto e à observância à forma legalmente prescrita (art. 104, CC).

*porque interessa à sociedade* a tutela da situação objetivamente gerada por suas consequências econômicas e sociais.

É importante frisar que a livre manifestação de vontade permanece, mesmo neste novo conceito contratual, como elemento essencial à formação do contrato. Contudo, a possibilidade de manifestação de uma vontade plena é, na prática social, cada vez mais rara<sup>12</sup>, e a função social assume um papel promocional, que deve ser observado em todo o ciclo vital contratual e, ainda, na fase pós-contratual.

A liberdade contratual, na acepção atual, pode ser concebida como um poder-dever. Ao facultar ao indivíduo o poder de contratar, impõe-lhe o ordenamento jurídico o dever de fazê-lo de forma a cooperar com a coletividade em que está inserido. O panorama da contratação parece estar atrelado à “grande cláusula constitucional de solidariedade” (NALIN, 2002, p. 54). Sustenta Costa (2002, p. 211):

Se formos fiéis à descoberta de Sófocles, concluiremos que a liberdade está no coração do Direito Civil, que é o direito das pessoas que vivem na civitas, em comunidade. O problema está no modo de entender-se a liberdade. Não se trata, a meu ver, nem de uma “liberdade consentida” nem de uma liberdade exercida no vazio, mas de uma liberdade situada, a liberdade que se exerce na vida comunitária, isto é: o lugar onde imperam as leis civis. Essa clivagem fundamental já estava em Sófocles, acima lembrado. Daí a imediata referência, logo após a liberdade de contratar, à função social do contrato; daí a razão pela qual liberdade e função social se acham entretecidos, gerando uma nova idéia, a de autonomia (privada) solidária.

Essa acepção da função social deve ser analisada com cuidado, sob pena de estabelecer o contrato não como instrumento útil aos contratantes para satisfação de suas necessidades ou desejos, mas apenas no sentido social de utilidade para a comunidade. Assim compreendida, poderia ser legítima a vedação do contrato que não buscasse esse fim.

Esse raciocínio é equivocado porque o interesse particular não se opõe necessariamente ao interesse social. Essa dicotomia não mais subsiste. Indivíduo e sociedade não são opostos. O indivíduo encontra-se inserido no contexto social e dele não se desvincula:

[...] o princípio da autonomia da vontade protege a liberdade contratual do indivíduo e também resguarda o interesse social. Indivíduo e sociedade não são opostos e afirmar uma adversidade entre homem e sociedade é exagero que induz à inversão lógica de contrapormos o indivíduo – representado pela liberdade contratual – e sua comunidade – expresso pela função social –, quando na verdade singular e plural são

---

<sup>12</sup> Considerando o dirigismo contratual e a atual conformação da autonomia privada.

complementares, afinal, a pessoa vive com o seu grupo, eventualmente em meio a concorrências e disputas com outros integrantes, que não anulam o sentido gregário de convivência (MANCEBO, 2005, p. 55).

O contrato é precipuamente um instrumento à disposição das partes para a satisfação de suas necessidades. Isso não afasta a concepção de que o contrato pode ser destinado à promoção do bem comum, até porque o atendimento às necessidades humanas e tutela dos interesses individuais também pode ser entendida como uma das formas de se atender ao interesse social. Exigir dos contratantes um comportamento altruístico, a impor que eles procurem realizar, antes de seus interesses, os interesses dos outros é o que parece desarrazoado:

Na realidade, a perspectiva funcional do direito contratual desloca o fundamento das situações subjetivas, antes ancorado na vontade do indivíduo, para os interesses e valores da coletividade. Porém, isto não quer dizer que as pessoas não possam mais se servir de seus direitos para satisfazer os seus interesses. Ao contrário, o que se pode entender é que a própria razão que justifica que essa pessoa possa exercer os seus direitos em seu benefício é uma razão do ordenamento. Com efeito, há um interesse social a ser atendido quando se tutela o interesse individual de cada pessoa, assim como há quando se tutela a satisfação de interesses difusos ou coletivos que estejam eventualmente envolvidos na realização daquele contrato. Na realidade, não raro a tutela de um interesse coletivo se confunde com a de um interesse individual (RENTERÍA, 2006, p. 305).

## **8 CONCLUSÃO**

O trabalho, partindo de uma visão histórica do contrato, analisa o modelo contratual do Estado Liberal, que pregava a não intervenção do Estado e elevava a manifestação da vontade dos contratantes ao caráter de dogma, e passa a estudar o contrato em sua feição contemporânea, que pretende estabelecer novos parâmetros negociais, com observância de valores e princípios que sobressaem o mero interesse das partes.

Assim, procurou-se demonstrar que o contrato assume papel funcional, cujo conteúdo pode ser apreendido pelas cláusulas gerais da boa-fé objetiva e da função social, inspiradas na dignidade humana e no solidarismo social. Incorpora-se à contratação um aspecto profilático ou promocional, de forma que a tutela contratual deve não apenas garantir, mas também promover esses valores sobre os quais se funda o ordenamento jurídico. E isso não se realiza apenas limitando o exercício dos direitos contratuais, sufocando desmedidamente a autonomia das partes que expressam suas necessidades e seus desejos, mas

sim por meio da utilização do fenômeno contratual de maneira saudável, útil e responsável, na busca da conciliação do exercício da liberdade e dos ideários constitucionais.

Defendeu-se que os valores e princípios inspiradores da teoria contratual atual devem ser construídos e sedimentados na sociedade para que as cláusulas gerais da função social e da boa-fé não sejam consideradas apenas uma série de valores vagos a serem densificados pelo juiz, mas princípios que propiciem o sentimento de efetiva participação dos destinatários da norma. Em especial, a boa-fé revela-se de conteúdo ético, moral, cuja concretização é variável de acordo com as circunstâncias locais, culturais e histórias, requerendo acuidade e isenção do julgador.

A efetiva sedimentação dos valores éticos e solidários, tão caros ao constituinte, apenas se dará se o ser humano romper com o ideário individualista e com a indiferença perante o próximo e ao ambiente em que está inserido. Há que se fortalecer a significância do outro, a fim de que não se esvaia o sentido da própria sociedade.

A contratação há ser vista como não apenas um processo econômico de acesso e circulação de bens, mas como um instrumento importante de promoção da própria sociedade. Para tal, faz-se necessário o sentimento de “pertença” do indivíduo no ambiente social. A real identidade humana se dará na medida em que conseguir uma verdadeira inserção no ambiente social, quando compreender que não se dissocia do outro e que não se dissocia do meio ambiente<sup>13</sup>.

O fenômeno contratual não mais se revela como outrora. A livre negociabilidade está em crise. No entanto, embora seja salutar vislumbrar o contrato como instrumento útil a incrementar relações proveitosas e desejadas pelo Estado – relações que devem propiciar a implementação de valores constitucionais como a dignidade da pessoa humana e a solidariedade –, não se pode nunca perder de vista que o contrato caracteriza-se como palco de expressão da vontade e interesse das partes.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. O direito civil na pós-modernidade. In: NAVES, Bruno Torquato de

---

<sup>13</sup> “[...] a indiferença do homem em relação ao homem faz do ambiente social um ‘não lugar’, que segundo, revela a falta de identidade entre os seres humanos e a total incapacidade da sociedade em se tornar um meio de consideração e respeito recíprocos” (AUGÉ, 1994, p. 56).

Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 7. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

AUGÉ, Marc. *Não-Lugares: introdução a uma antropologia da supermodernidade*. São Paulo: Papyrus, 1994.

AZEVEDO, Antônio Junqueira. O princípio da boa-fé nos contratos. In: *Comentários sobre o projeto do Código Civil brasileiro*, Cadernos do CEJ, Brasília, v. 20, p. 103-114, 2002.

BARROSO, Lucas Abreu; MORRIS, Amanda Zoé. *Direito dos contratos*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BARROSO, Lucas Abreu. A teoria do contrato no paradigma constitucional. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, a. 21, v. 84, p. 149-169, out./dez. 2012.

BIANCA, Cesare Massimo. *Derecho civil: el contrato*. Tradução de Fernando Hinestrosa e Édgar Cortés. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CAPITANT, Henri; TERRÉ, François de; LEQUETTE, Yves. *Les Grands arrêts de la jurisprudence civile*. Tome 1. 12 ed. Paris: Dalloz-Sirey, 2006.

COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. Tradução de Fernando de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Segurança e direito: renascer do direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. 8. ed. Tradução de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

FARNSWORTH, Allan E. Good Faith Performance and Commercial Reasonableness Under the Uniform Commercial Code. *The University of Chicago Law Review*. Chicago, v. 30, n. 4, p-666-689, 1963.

FIUZA, César. *Direito civil - curso completo*. 15. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I.

JAUFFRET-SPINOSI, Camille. Théorie et Pratique de la Clause Générale en Droit Français Et Dans les autres Systèmes Juridiques Romanistes. In: GRUNDMANN, Stefan; MAZEAUD, Denis. *General Clauses and Standards in European Contract Law: Comparative Law, EC Law and Contract Law Codification*. New York: Kluwer Law International, 2006.



- LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los Contratos. Parte Geral*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004.
- LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Contratos no novo código civil*. 2. ed., São Paulo: Método, 2004.
- MANCEBO, Rafael Chagas. *A função social do contrato*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópico no processo obrigacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- MARTINS-COSTA, Judith. A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do *venire contra factum proprium*. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, v. 376, nov./dez. 2004.
- MEDICUS, Dieter. *Schuldrecht I: allgemeiner teil*. München: Beck, 1993.
- MELO, Diogo Leonardo Machado de. Princípios do direito contratual: autonomia privada, relatividade, força obrigatória, consensualismo. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2011.
- MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001.
- MERRYMAN, John Henry. *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Tradução de Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2009.
- NALIN, Paulo. A função social do contrato no futuro Código Civil brasileiro. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 12, p. 50-60, out./dez. 2002.
- NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno – em busca de sua formulação na perspectiva civil constitucional*. 2 ed. rev. e atual. 2. reimp. Curitiba: Juruá, 2007.
- NEVES, António Castanheira. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, v. 3.
- POILLOT, Elise. *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*. Paris: Editeur LGDJ, 2006, Tome 463.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- REALE, Miguel. Visão geral do novo Código Civil. *Revista de Direito Privado*, n. 9, p. 9-17, jan./mar. 2002.
- RENTERÍA, Pablo. Considerações acerca do atual debate sobre o princípio da função social do contrato. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Org.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.

STOFFEL-MUNCK, Philippe. *L'abus dans le contrat: essai d'une théorie*. Paris: L.G.D.J. Collection Thèses Bibliothèque de droit privé, n. 61, 2000.

SUMMERS, Robert Samuel. The conceptualization of good faith in American contract law: a general account. In: ZIMMERMANN, R; WHITTAKER, S. (eds.). *Good Faith in European Contract Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Temas de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social do contrato. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN Luiz Edson (Coord.). *O Direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.