

Principiologia contratual e a valoração ética no Código Civil Brasileiro*

Giselda Maria Fernandes Novaes HIRONAKA**

SUMÁRIO: 1. À guisa de introdução: a sociedade brasileira, o perfil ético do comportamento humano e o Direito da contemporaneidade; 2. O sistema de cláusulas gerais e o prisma ético do Código Civil brasileiro de 2002, o chamado *Código dos Juízes*; 3. O Código Civil, a Constituição Federal e o Contrato: a principiologia contratual e a sua valoração ética à face do sistema normativo brasileiro; a) Princípio da função social do contrato x princípio da autonomia contratual; b) Princípio da função social do contrato x princípio da extrapolação dos efeitos *inter partes*; c) Princípio da função social do contrato x princípio da equivalência das prestações; 3.2. Princípio da boa-fé objetiva nos contratos.

RESUMO: Os valores éticos permeiam o tecido normativo do Código Civil brasileiro de 2002; especialmente em sede contratual, esta valoração se encontra muito visível e bem marcada nos princípios de regência do contrato contemporâneo, sendo verdade que o princípio da função social do contrato e o princípio da boa-fé contratual espelham a aplicação dos princípios constitucionais à matéria contratual.

PALAVRAS-CHAVE: 1. Contratos; 2. Função social; 3. Boa-fé objetiva.

ENGLISH TITLE: *Contractual Principles and Ethical Evaluation in the Brazilian Civil Code*

SUMMARY: 1. *Introduction: Brazilian society, the ethical profile of human behavior and contemporary law; 2. The system of general clauses and the ethical prism of the Brazilian Civil Code of 2002 – the so-called Code of Judges; 3. The Civil Code, the Federal Constitution and its ethical evaluation before the Brazilian normative system; a) The principle of social function of contracts x the principle of contractual autonomy; b) The principle of social function of contracts x the principle of extrapolation of effects between parties; c) The principle of social function of contracts x the principle of equivalence of performances; 3.2. Objective good-faith in contracts.*

ABSTRACT: *The ethical values permeate the normative tissue of the Brazilian Civil Code of 2002; especially in contractual matters, this value judgment is very visible and well demarked in the guiding principles of contemporary contracts, being evident that the principle of the contract's social function and the principle of objective good faith reflect the application of constitutional values on contracts.*

KEYWORDS: 1. *Contracts; 2. Social function; 3. Good faith in an objective sense.*

1. À guisa de introdução: a sociedade brasileira, o perfil ético do

* Texto fruto de palestra proferida no Simpósio Internacional de Direito Keio-USP, intitulada “Evolução do Direito no século XXI”, organizado pelo Instituto de Direito Comparado Brasil-Japão e realizado em março de 2014 na Faculdade de Direito da USP.

** Professora Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – FDUSP. Coordenadora do Programa de Pós-graduação *stricto sensu* da Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo – FADISP.

comportamento humano e o Direito da contemporaneidade.

Deve ser cíclico, na história da humanidade, este anseio por um mundo mais ético, por um homem mais digno, por valores mais fortes, confiáveis e apreciáveis por todos. *Dar a cada um o que é seu, viver honestamente e não lesar a ninguém* são regras básicas essenciais, não apenas da vida jurídica e dos relacionamentos derivados do direito, mas também regras básicas e mínimas da convivência social, ainda que se considerando relações que sejam simplesmente pessoais, do trato cotidiano, sociais.

O atendimento a este regramento básico mínimo, por si só, já se mostra como a suficiência ética necessária para o convívio social possível, para o relacionamento humano melhor, para a formação de uma sociedade mais justa e nobre. Há, portanto, um grande risco na desconsideração do ideal de um mundo ético, porque esta concepção leva a humanidade ao desespero, pela oscilação da consciência moral coletiva, capaz, sem dúvida, de produzir, em curto espaço de tempo, a degradação.

A ética, então por isso, deve estar obrigatoriamente presente em todos os setores da vida dos homens, na política, na economia, na administração pública, na comunicação, no comércio, na religião e, sem falta, no direito. E todas as pessoas têm uma ideia centrada – melhor ou pior – do que é que deve ser feito, de qual deve ser a sua conduta. E em toda a sociedade encontra-se uma área de conduta que deriva do extrato “do que deve ser”. O cumprimento destas várias condutas – tantas delas integradas como regras – pertencem ao especializado conhecimento da ciência do direito. Assim, não se fala em direito se não se falar em ética. Assim, não se fala em sociedade justa, se esta mesma sociedade não se estruturar sobre firme base valorativa ética.

Contudo, nem sempre a dimensão normativa da ética traça perfeita correspondência com a dimensão normativa do direito, porque este é mais complexo e várias vezes traça normas que nem sempre espelham o seu ângulo axiológico, digamos assim. Ainda assim, uma tal norma é reconhecida e válida, se expressar a realização de um interesse geral e do bem comum.

No entanto, cada vez menos o traço acentuado do positivismo jurídico se apresenta na normativa da atualidade, para ceder vez à elaboração de um direito concreto e eficaz, por força do crescente papel do juiz na sua elaboração – como nos apresenta a lição de Perelman –, elaboração esta que mostra as vantagens e melhores resultados de um direito que se apresenta, efetivamente, como “o resultado de uma síntese em que se mesclam, de modo variável, elementos emanantes da vontade do legislador, da

construção dos juristas e considerações pragmáticas de natureza social e política, moral e econômica”¹, vistas e analisadas à época e de acordo com o caso concreto.

O direito da contemporaneidade acompanha este padrão, este perfil. Menos detalhista, menos voltado para a minúcia, para a casuística, mas consubstanciando-se à volta de uma lógica mais abrangente, capaz de chamar a si (e absorver) várias e muitas hipóteses fáticas da vida como ela é, o direito da contemporaneidade tem se desenhado muito mais desta forma, de sorte a formular e formatar regras de caráter mais geral, capazes de atender a uma gama significativa de hipóteses, graças à atividade interpretativa do magistrado à face do caso concreto, mas – sempre! – com o padrão ético a determinar os contornos da decisão.

Assim é que acontece entre nós, brasileiros, desde os primórdios deste século XXI, com o Código Civil que desde então vige.

2. O sistema de cláusulas gerais e o prisma ético do Código Civil brasileiro de 2002, o chamado *Código dos Juízes*.

Eticidade, sociabilidade, operabilidade e sistematicidade foram os traços característicos principais do Código Civil que temos em vigor, no Brasil. Seu grande mentor, o Jus-filósofo Miguel Reale, desejou exatamente construir uma nova ordem hermenêutica, de sorte a conferir, ao magistrado, a atribuição de matizar suas decisões com uma maior participação pessoalizada, voltada para os valores éticos, levando sempre em consideração, e primeiro, o valor da pessoa humana, como fonte de todos os demais valores.

Assim foi estruturado o Código Civil atual, muito diferente do Código Civil anterior que esteve em vigor durante o século XX, e que houvera sido construído a partir de um modelo fechado, rígido, que não permitia, ao juiz, a chance de exercer a sua atividade hermenêutica à face do caso concreto. Era o tempo do juiz “*bouche de la loi*”, e funcionou como uma espécie de segurança jurídica, à época, por ser uma garantia contra uma “*criação arbitrária*” do direito, digamos assim. Os juízes se contentaram, naquela época, em aplicar a lei – o que devem fazer, ainda hoje certamente – com rigor, condicionando sua razão diante da lei. Este pensamento imaginava ser preferível a ditadura da lei (porque a lei é conhecida e previsível, uma vez que condicionada a certos

¹ PERELMAN, Chain. *Ética e Direito*. Trad. Maria E. Galvão Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 392.

parâmetros) à ditadura do magistrado, cuja imprevisibilidade é evidente e a chance de cometer injustiças é infinita, uma vez que a motivação do homem recai na sombria perquirição da alma humana...

O Código Civil atual ultrapassou este modelo, pela verificação incontestada que o interesse da sociedade é por Poder Judiciário que distribua justiça, desempenhando seu histórico papel social. Julgar com justiça é o clamor da sociedade de hoje, *“eis que [o juiz] deve valer-se dos princípios éticos jurídicos num balanceamento dos interesses em conflito, observando sempre que possível os fins sociais da lei e as exigências do bem comum na fundamentação de suas decisões.”* [...] *“Afim, muda a sociedade, a forma de pensar o Estado, surgem novas tecnologias, a globalização econômica passa a ser uma realidade; tudo isso conduz à emergência de novos direitos que merecem proteção.”*²

A inspiração da atual legislação civil, *“vem da Constituição, farta em modelos jurídicos abertos. Sua linguagem, à diferença do que ocorre com os códigos penais, não está cingida à rígida descrição de ‘fatispecies’ cerradas, à técnica da casuística. Um Código não totalitário tem janelas abertas para a mobilidade da vida, pontes que o ligam a outros corpos normativos – mesmo os extrajurídicos – e avenidas, bem trilhadas, que o vinculam, dialeticamente, aos princípios e regras constitucionais”*.³

E é por ser este modelo assim definido que o Código Civil brasileiro de 2002 denominou-se *“Código dos Juízes”*.

A novidade, como qualquer novidade aliás, causou certo pânico entre os mais céticos da sociedade jurídica, que se manifestaram dizendo que sentiam “medo” deste empoderamento que o Código distribuía aos membros do Poder Judiciário. Felizmente, e mais uma vez, o temor foi infundado, o medo foi desmedido e o que se retirou, na ordem estatística, foram julgados inovadores, corajosos, de vanguarda, a dizer um direito – novo, sim – consentâneo com a realidade brasileira e com as expectativas dos atores das múltiplas relações jurídicas privadas, de toda ordem.

Assim, por exemplo – e este exemplo cuidadosamente recolhido, para ser apresentado como o primeiro, nesta intervenção, dada a sua importância e significado na seara negocial – o art. 113 deste Código que prescreveu: *“os negócios jurídicos devem ser*

² Oriana Piske de Azevedo Magalhães Pinto. *Considerações sobre o prisma da ética no novo Código Civil brasileiro*. <http://www.direitolegal.org/artigos-e-doutrinas/consideracoes-sobre-o-prisma-da-etica-no-novo-codigo-civil-brasileiro>, acesso em 12.12.2013.

³ Judith Martins-Costa. *O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 753, jul. 1998, p. 26.

interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”. E esta tarefa cabe essencialmente ao juiz do caso que, atento à ordem de todas as coisas na contemporaneidade e à face do caso concreto, exercerá a sua atividade recriadora do direito (como se costuma dizer), por meio do processo hermenêutico que se encontra à sua disposição, guardando os limites necessários para não incidir no risco de dizer um direito que não há, um direito imaginário, eventualmente apenas *achado nas ruas*. Tarefa difícil esta, que deveria, por isso mesmo, ser melhor reconhecida pela sociedade, bem como deveria ser louvada pela intenção sempre presente de se construir a melhor resposta judicial aos conflitos submetidos ao juiz.

O caminho da hermenêutica a ser trilhado pelo juiz do caso deve ser sempre aquele, enfim, que se pautar em observação rente aos princípios, às regras e aos valores éticos que advêm da Constituição Federal. O acolhimento desta construção hierarquicamente sistematizada do ordenamento jurídico, entre nós, significou exatamente sustentar que seus princípios superiores, isto é, os valores propugnados pela Constituição, estão presentes em todos os recantos do tecido normativo. Assim, todas as normas infraconstitucionais devem espelhar os princípios precisados pela Constituição Federal de 1988, sob pena de, em desarmonia com o sistema, serem consideradas inconstitucionais e terem sua validade questionada.

3. O Código Civil, a Constituição Federal e o Contrato: a principiologia contratual e a sua valoração ética à face do sistema normativo brasileiro.⁴

Ultrapassado o anterior modelo liberal individualista do contrato, modelo este que permeou o cenário contratual do Código Civil de 1916, o modelo que se apresenta hoje atende à necessidade de uma visão sistêmica do Direito, exigindo que o Código Civil de 2002 seja interpretado conforme a Constituição.

Para o modelo anterior, a autonomia da vontade, como princípio norteador do contrato, parecia mesmo bastar, dada a reduzida complexidade da sociedade de então, mas *“a revolução industrial e a revolução da informática, o desenvolvimento tecnológico, a explosão demográfica, a urbanização dominante, forjando uma sociedade de massas, na qual a cidade é apenas um espaço territorial, levaram o contrato a um estado de crise. Mas essa crise não é a do contrato, e sim de um modelo*

⁴ Este item, deste estudo, corresponde, em parte, a outro anterior estudo que a autora já havia desenvolvido, em coautoria com Flávio Tartuce e Jose Fernando Simão, denominado O Código Civil de 2002 e a Constituição Federal: 5 anos e 20 anos, *in* Alexandre de Moraes (Coord. E Org.), *Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2009, p.463-519.

*de contrato, que não mais corresponde às necessidades da sociedade contemporânea*⁵

Se a terminologia *autonomia da vontade*, então, foi considerada adequada em uma visão insular do Direito Civil, em que todas as relações entre os particulares eram regidas pelo Código Civil e pelo Código Comercial, já sob uma visão sistêmica, em que se tem a Constituição Federal como centro do sistema jurídico, transmitindo princípios a todos os ramos do direito, o mais exato, agora, é se falar em *autonomia privada*. Bem por isso, o *princípio da autonomia privada* passou a substituir o *princípio da autonomia da vontade*, uma vez que se reconheceu que a autonomia não tinha como fundamento a vontade, mas, sim, a pessoa e, por isso, o adjetivo *privada*.

Em razão desta alteração de paradigma e de realocação principiológica, também a *liberdade contratual* passou a ser vista por um novo enfoque, superando a visão mais estreita e técnica do anterior Código, para abrir-se em uma visão mais socializada do contrato, com o reconhecimento de certa limitação à liberdade dos partícipes e beneficiadora do entorno contratual, limitação esta advinda de uma nova racionalidade: o reconhecimento do imperativo axiológico da dignidade da pessoa humana em um contexto de Estado social.

Surge, então, um novo conceito de contrato, não mais definido pela simples manifestação de vontade, mas por seu caráter de relação complexa solidária. Na boa expressão de Paulo Nalin, contrato *é a 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 terceiros*.⁶

Para um novo contrato, novos princípios a moldá-lo. Junqueira de Azevedo⁷ reconhece outros princípios contratuais, na legislação nova, que não estiveram explicitamente considerados pelo legislador do século passado, entre eles e principalmente, o *princípio da boa-fé objetiva* e o *princípio da função social do contrato*. Ele refere que esta nova organização principiológica da Lei de 2002 não exclui os princípios clássicos do direito contratual, quer dizer, o *princípio da liberdade de contratar*, o *princípio segundo o*

⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Contratos*. São Paulo, Saraiva: 2011, p. 22.

⁶ NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

⁷ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio, em famosa palestra que proferiu no Seminário “O novo Código Civil – o que muda na vida do cidadão”, em 04 de junho de 2002, junto à Ouvidoria Parlamentar da Câmara dos Deputados, em Brasília.

qual *o contrato faz lei entre as partes (pacta sunt servanda⁸)* e o *princípio da relatividade dos efeitos contratuais (res inter alios acta allis nec nocet prodest nec⁹)*.

Ao contrário, a nova tábua de princípios convive, completa, restringe e remoja a tábua tradicional, sem sufocá-la ou excluí-la. O novo agrupamento principiológico revela, enfim, a feição contemporânea do contrato e seu traço de adaptação e coerência com a pessoa mais ética desta pós-modernidade, centro de todo o interesse epistemológico do direito atual.

O contrato levado a efeito entre os atores contratuais contemporâneos, pois, passa a ser um contrato que exige mais do comprometimento ético e político de cada um desses partícipes, de modo a expandir projeção para muito além das fronteiras do mero sinalagma.

3.1. Princípio da função social do contrato

a) Princípio da função social do contrato x princípio da autonomia contratual.

É do fundamento constitucional da solidariedade social (art. 3º, I, da CF) que surge a noção de função social do contrato prevista no art. 421 do Código Civil, pelo qual *a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato*. Não posso deixar de registrar, mais uma vez, neste passo, a imprecisão terminológica do legislador quando escreveu, neste dispositivo, “liberdade de contratar”, quando deveria ter escrito “liberdade contratual”¹⁰, por certo. De qualquer sorte, o que mais importa grifar é a presença do *princípio da função social do contrato*, princípio este que sempre esteve atrelado à propriedade, mas que se apresenta agora também como condicionante relativizadora do próprio contrato. O sentido ético de tal princípio é inegável.

Da leitura do § único, do art. 2.035, do Código Civil, segundo o qual *nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos*

⁸ “Os pactos devem ser observados”.

⁹ “O que é feito entre certas pessoas nem prejudica nem aproveita aos outros”.

¹⁰ Remeto o leitor à leitura de uma melhor análise crítica desta consideração, por meio do texto já anteriormente citado, da lavra desta autora, juntamente com Flávio Tartuce e Jose Fernando Simão: O Código Civil de 2002 e a Constituição Federal: 5 anos e 20 anos, *in* Alexandre de Moraes (Coord. E Org.), *Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2009, p.463-519.

contratos, conclui-se que a consequência da inobservância da função social do contrato pode gerar sua invalidade ou mesmo ineficácia, pois se trata de norma cogente, que não pode ser afastada por convenção das partes. Vale dizer, o princípio da função social do contrato não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio, quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.¹¹

b) Princípio da função social do contrato x princípio da estrapolação dos efeitos *inter partes*.

A função social do contrato rompe também com outro princípio tradicional pelo qual o contrato só produz efeitos entre os próprios contratantes (relatividade dos efeitos que se traduz na fórmula *res inter alios acta*).

Tal fato pode ser verificado porque, ainda que haja divergência na doutrina, admite-se a dupla eficácia da função social: a interna (em relação aos próprios contratantes) e a externa (dos contratantes em relação a terceiros).

No tocante à figura dos próprios contratantes, estamos diante da ideia de justiça interna do contrato. Assim, as cláusulas iníquas ou abusivas, que, em última análise, levam um dos contratantes à ruína, atentam contra a função social do pacto e, portanto, podem ser consideradas nulas pelo juiz. Tais cláusulas desvirtuam a ideia do contrato como forma de circulação de riquezas e de obtenção de fins comuns e o transformam em meio de falência de um dos contratantes. O equilíbrio, portanto, faz parte da ideia de função social do contrato.

A interpretação favorável ao aderente, em caso de ambiguidade do contrato de adesão (CC, art. 423), e a proibição da renúncia de direitos nesse tipo de contratação (CC, art. 424) têm por fundamento a função social do contrato.

c) Princípio da função social do contrato x princípio da equivalência das prestações

¹¹ Este é o teor do Enunciado 23 do CJF.

De alto teor e conteúdo ético também se alinha o princípio da equivalência das prestações contratuais, que significa a efetiva busca da equalização das partes numa relação contratual. O desequilíbrio mostrou-se insuportável para a visão do contrato contemporâneo, com a superação da concepção simplesmente liberal, buscando, então, realizar o real equilíbrio das prestações durante todo o processo obrigacional.¹²

O ordenamento jurídico dos dias atuais produziu um considerável avanço ao estabelecer vários preceitos legais que exatamente concorrem para que este desequilíbrio não mais se mostre, relativizando o clássico princípio do *pacta sunt servanda*, e a força obrigatória dele resultante, pela qual deveriam, as partes, cumprir suas obrigações contratuais de qualquer maneira, ainda que se alterasse a situação socioeconômica ao tempo de sua execução. A igualdade meramente formal cede vez à igualdade efetivamente material, relativamente aos partícipes contratuais e suas posições no contrato.

O contrato prossegue tendo o seu caráter obrigatório, como não podia mesmo deixar de ser, mas o que o ordenamento já busca impedir é a quebra da desejável comutatividade contratual, em dispositivos de elevado alcance social como, por exemplo, os artigos 317 e 378 (teoria da imprevisão e teoria da onerosidade excessiva), artigo 156 (estado de perigo) e 157 (lesão contratual), todos do Código Civil.

A correlação entre este princípio da equivalência das prestações contratuais e o princípio da função social do contrato é nítida; o caráter ético de ambos os princípios é evidente.

3.2. Princípio da boa-fé objetiva nos contratos

O Código Civil de 2002 abrigou, além do princípio da função social, outro importantíssimo princípio, o da boa-fé objetiva, consagrando-o no artigo 422, segundo o qual *os contratantes são obrigados a guardar, tanto na conclusão do contrato quanto em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.*

¹² LOBO, Paulo Luiz Netto. Princípios sociais dos contratos no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. In *Revista de Direito do Consumidor*, n. 42, abr.-jun. 2002, p. 187-195.

Trata-se da boa-fé objetiva, quer dizer, da boa-fé em sentido ético, correspondente ao perfil axiológico que matiza a nova Lei Civil brasileira, cuja fundamentação constitucional se assenta na cláusula geral de tutela da pessoa humana, tida como parte integrante de uma comunidade (e não um ser isolado), e cuja vontade, em si mesma, é soberana, mas sujeita a limites externos.¹³ Este princípio da boa-fé objetiva decorre diretamente de comando constitucional que determina – como objetivo fundamental da República – a construção de uma sociedade solidária, na qual o respeito ao próximo é um elemento essencial de toda e qualquer relação jurídica.

Para a análise da boa-fé objetiva, o intérprete deve sempre partir de um padrão de conduta comum, conduta do homem médio, no caso concreto. É um dever de agir de acordo com determinados padrões sociais estabelecidos e reconhecidos.¹⁴ As noções de agir corretamente com o próximo, ou seja, de honrar a palavra dada, de não causar prejuízos desnecessários a outrem, de cooperação em relação ao outro contratante, refletem o conceito de norma ética de conduta, segundo os padrões do homem médio. Trata-se de uma norma impositiva de conduta leal, geradora de um dever de correção que domina o tráfego negocial¹⁵.

Em duas palavras, e à guisa de conclusão, desejo registrar neste evento que valores éticos efetivamente permeiam o tecido normativo do Código Civil brasileiro de 2002; especialmente em sede contratual, esta valoração se encontra muito visível e bem marcada nos princípios de regência do contrato contemporâneo, sendo verdade que o princípio da função social do contrato e o princípio da boa-fé contratual espelham a aplicação dos princípios constitucionais à matéria contratual.

civilistica.com

Recebido em: 30.06.2014
Aprovado em:
09.07.2014 (1º parecer)
10.07. 2014 (2º parecer)

¹³ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 117.

¹⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, v. 2. p. 387.

¹⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: RT, 1999. p. 46

Como citar: HIRONAKA, Giselda. Principiologia contratual e a valoração ética no Código Civil Brasileiro. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 3, n. 1, jan.-jun./2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/principiologia-contratual-e-a-valoracao-etica-no-codigo-civil-brasileiro/>>. Data de acesso.