

EOS



ISSN 1980—7430

REVISTA JURÍDICA DA FACULDADE DE DIREITO – V. I – Nº 4 – ANO III

DOM
BOSCO

Contratações na Sociedade de Consumo e Tecnologia: Função Social do Contrato e Boa-fé Objetiva

Carolina Fátima de Souza Alves (Autora)

Professora Titular do curso de Direito da Faculdade Dom Bosco de Curitiba/PR.

Antonio Carlos Efig (Co-autor)

Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, Professor Titular de Direito do Consumidor e Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR.

1 Introdução. 2 A nova concepção social do contrato – massificação das relações contratuais. 3 Os novos princípios contratuais. 3.1 Da função social do contrato. 3.1.1 Noções introdutórias. 3.1.2 Conceituação de função social do contrato. 3.2 Boa-fé. 3.2.1 Noções introdutórias. 3.2.2 Boa-fé objetiva vista como dever de conduta (Cláusula geral). 3.2.3 Boa-fé objetiva e suas funções: principiológica e interpretadora. 4 Equilíbrio contratual. 5 Consequência legal (sanção) pelo desrespeito aos princípios da função social do contrato e boa-fé objetiva. 6 Conclusão. 7 Referências.

Resumo

Os contratos, pactos ou convenções têm diversas raízes etimológicas. No Direito Romano havia o “pacto” e o “*contractus*”. Através dos “pacta”, o vínculo criava apenas obrigações naturais. As obrigações jurídicas decorriam do “*contractus*”. Assim também o é no sistema jurídico atual: há convenções e pactos que não geram obrigações jurídicas. Estas decorrem dos contratos, que são vínculos que merecem proteção jurídica, por sua importância social e por estarem atendidos os requisitos legais que lhe conferem validade. Na acepção clássica vigente até o século XIX, a relação contratual se amparava no tripé autonomia da vontade, obrigatoriedade e relativização dos efeitos contratuais. Entretanto, as transformações sociais advindas no pós Revolução Francesa, especialmente a industrialização, demonstraram que

o contrato, desta forma compreendido, servia como instrumento de afirmação da classe mais abastada, fomentando a desigualdade entre os contratantes, não mais se adaptando a realidade socioeconômica do século XX. Foi diante desse quadro que se deu a travessia do Estado Liberal para o Estado Social, deixando o Estado sua posição absentee para atuar positivamente sobre os contratos celebrados, visando assegurar o predomínio dos interesses sociais sobre os individuais, fomentando a criação de novos princípios contratuais, dentre eles o da boa-fé objetiva e da função social do contrato, hoje, indispensáveis na leitura e compreensão de toda relação contratual. O objetivo do presente artigo, mediante utilização do método positivista dedutivo, será demonstrar as alterações sofridas na acepção jurídica do contrato, mormente a criação dos princípios da boa-fé objetiva e função social, fulcrando-se ao final, no estudo de seu emprego nas relações consumeristas.

Palavras-chave: Contrato; Alterações; Boa-fé Objetiva; Função Social

Abstract

The contracts, pacts or conventions have several etymological roots. In the Roman Right there were the “pact” and the “contractus.” Through the “pacta”, the bond just created natural obligations. The juridical obligations elapsed of the “contractus.” Likewise it is in the current juridical system: there are conventions and pacts not to generate juridical obligations. These elapse of the contracts, that are bonds that deserve juridical protection, for his social importance and for they be assisted the legal requirements that check him/her validity. In the effective classic meaning until the century XIX, the contractual relationship if it aided in the tripod autonomy of the will, compulsory nature of the contractual effects. However, the transformations social comes from the powders French Revolution, especially the industrialization, they demonstrated that the contract, this way understood, it served as instrument of statement of the wealthiest class, fomenting the inequality among the contracting parties, no more adapting the socioeconomic reality of the century XX. It was before of that picture that felt the crossing of the Liberal State for the Social State, leaving his State position absentee to act positively on the celebrated contracts, seeking to assure the prevalence of the social interests on the individual ones, fomenting the creation of new contractual beginnings, among them the one of the good-faith aims at and of the social function of the contract, today, indispensable in the reading and understanding of all contractual relationship. The objective of the present article, by use of the method deductive positivist, will be to demonstrate the suffered alterations in the juridical meaning of the contract, especially the creation of the beginnings of the good-faith aims at and social function in the study of his job in the relationships.

Keywords: Agreements; Alterations; Good-faith Aims; Social function

1 Introdução

Reflexo da passagem do Estado Liberal para o Estado Social, o contrato ganha nova dimensão social, o que requer seja analisado de acordo com os novos princípios que lhe dão conteúdo.

Como se sabe, como outros institutos jurídicos, o contrato também foi utilizado, até o século XIX, como instrumento de afirmação econômica da classe burguesa. Na época, com esteio no tripé que amparava a base contratual – autonomia da vontade, obrigatoriedade e relativização dos efeitos contratuais – a classe burguesa utilizava-se do contrato para se auto-favorecer.

Enzo Roppo¹ anota que “esta ideologia novecentista da liberdade de contratar corresponde, sem dúvida, as orientações e valores positivos, de progresso, afirmados na evolução das sociedades ocidentais, tornando-se, inclusive, sua promotora direta. Contudo, de outro lado, configura de facto, um instrumento funcionalizado para operar do modo de produção capitalista, e neste sentido, realiza institucionalmente o interesse da classe capitalista (que é justamente interesse particular de uma classe, e não interesse geral de toda a sociedade, ainda que as ideologias do capitalismo tentem, interessadamente, fazer crer a sua coincidência”.

Na concepção clássica do contrato, a tutela jurídica limitava-se a proteger a vontade criadora e a assegurar a realização dos efeitos desejados pelos contraentes, desconsiderando-se por completo a situação econômica e social dos contraentes.

Contudo, esse modelo contratual não tardou a revelar a desigualdade real que escondia.

Com a industrialização e a massificação das relações contratuais, especialmente através da conclusão de contratos de adesão, ficou evidenciado que o conceito clássico de contrato não mais se adaptava à realidade socioeconômica do século XX.

Em muitos casos, o acordo de vontades era mais aparente do que real; os contratos pré-redigidos tornaram-se a regra e deixavam clara a desigualdade entre os contratantes – um, autor efetivo de cláusulas, outro, simples aderente –, desmentindo a idéia de que, assegurando-se a liberdade contratual, estaria assegurada a justiça contratual. No dizer de Cláudia Lima Marques², “a crise na teoria conceitual do direito contratual³ era inconteste”.

¹ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes, Coimbra: Almedina, 1988. p. 36.

²MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. o novo regime das relações contratuais. 5ª ed., São Paulo: RT, 2006, p.163.

³Que para muitos estudiosos, ficou conhecida como Crise do Dogma da Autonomia da Vontade.

2 A nova concepção social do contrato – massificação das relações contratuais

Foi diante desse quadro que se deu a travessia do Estado Liberal para o Estado Social, deixando o Estado a sua posição absenteísta de lado para atuar positivamente sobre os pactos celebrados, visando assegurar o predomínio dos interesses sociais sobre os individuais.

Paulo Nalin⁴ leciona que o “caos” do conceito de contrato surge na pós-modernidade, momento no qual “a desconstrução dos dogmas se apresenta como inevitável” e o repensar “do modelo contratual, ou o reconhecimento de sua crise institucional, surgem em razão do desajuste entre o modelo contratual e as relações de massa” eis que “as relações plúrimas, coletivas, difusas ou mesmo massificadas não se encaixam nos moldes das codificações modernas”.

De acordo com a nova concepção de contrato – na sua vertente social – não só o momento da manifestação da vontade (consenso) importa mas, outrossim, e principalmente, os efeitos do contrato na sociedade deverão ser considerados.

Conceitos tradicionais como autonomia da vontade⁵ e obrigatoriedade do pacto serão relativizados ante a intervenção, cada vez maior, do Estado, nas relações contratuais, no intuito de mitigar o antigo dogma da autonomia da vontade privada face às novas preocupações de ordem social.

“É o contrato, como instrumento à disposição dos indivíduos na sociedade de consumo, mas, agora, limitado e eficazmente regulado para que alcance sua função social”⁶.

Darcy Bessone⁷ comenta que “se passou a exigir do Estado um diverso papel no campo jurídico – que fosse não apenas de proteção do direito, inclusive por meio da repressão a sua violação (Estado garantidor), mas sim e também contemplativo de uma função positiva, de promoção de objetivos determinados (Estado dirigista) –, novos valores ganharam relevo na esfera dos contratos particularmente mercê do fenômeno do dirigismo contratual, em que o Estado intervém, por meio do legislador e do juiz, para assegurar o predomínio dos interesses sociais sobre os individuais”.

Assim, nas palavras de Antonio Junqueira⁸ “impõe ao Estado e ao jurista, a proibição de ver o contrato como um átomo, algo que somente interessa às partes, desvinculado de tudo o mais”.

⁴NALIN, Paulo. **Do Contrato**: conceito pós-moderno. Em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. 1ª ed., Curitiba: Juruá, 2001, p.113/115.

⁵Ou “autonomia privada”.

⁶MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. O novo regime das relações contratuais. 5ª ed., São Paulo: RT, 2006, p. 211.

⁷BESSONE, Darcy. **Do Contrato**: teoria geral. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 44

⁸JUNQUEIRA, 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 o inadimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 750, p.116, abr. 1998.

Pelo contrário, a nova concepção do contrato é uma concepção social deste instrumento jurídico, para a qual não só o momento da manifestação da vontade (consenso) importa, como também e principalmente os efeitos do contrato na sociedade serão considerados e onde a condição social e econômica das pessoas nele envolvidas ganha importância.

Segundo Cláudia Lima Marques⁹ “hoje o contrato é o instrumento das riquezas da sociedade, é também um instrumento de proteção dos direitos fundamentais, realização dos paradigmas de qualidade, de segurança, de adequação dos serviços e produtos no mercado”.

Assim, o contrato deixa de ser somente a auto-regulamentação dos interesses privados das partes para, também, preencher função social, bem como ser regido pela boa-fé objetiva, destinando-se o presente trabalho a analisar, mais enfaticamente, os novos princípios norteadores do contrato.

3 Os novos princípios contratuais

Segundo a visão clássica, três eram os pilares fundantes da doutrina contratual: a) princípio da autonomia da vontade de contratar; b) princípio da força obrigatória do contrato (*pacta sunt servanda*) e c) princípio da relatividade dos efeitos contratuais.

De acordo com a teoria contratual clássica e, segundo Humberto Theodoro Junior “a idéia tradicional de contrato vê na vontade dos contratantes a força criadora da relação jurídica obrigacional, de sorte que nesse terreno prevalece como sistema geral a liberdade de contratar, como expressão daquilo que se convencionou chamar de ‘autonomia da vontade’”.

Diante da evolução histórica e legal já comentada, apercebeu-se que a autonomia da vontade ou liberdade de contratar não mais poderia ser o elemento central do pacto, tampouco compreendida de modo absoluto e ilimitado.

Isto porque vezes há em que o contratante não tem a opção de contratar ou com quem contratar, casos dos serviços prestados em caráter de monopólio, como o fornecimento de água e energia elétrica.

De outro vertente, por um longo tempo entendeu-se que os pactos deveriam ser religiosamente respeitados, pois refletiam um ato de liberdade individual, o que se convencionou chamar de princípio da força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*).

⁹MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. O novo regime das relações contratuais. 5ª ed., São Paulo: RT, 2006, p. 180.

Contudo, já no século XX, com a expansão do capitalismo e diante da adoção de conceitos como “ordem pública” e “fim social”, ou seja, com o fortalecimento do princípio da Justiça Social, o *pacta sunt servanda* também foi relativizado, inclusive com a criação das Teorias da Onerosidade Excessiva¹⁰ e da Imprevisão¹¹, visando superar eventual desigualdade ou fatos imprevisíveis que tornassem o pacto celebrado extremamente oneroso a uma parte contratante.

Urge notar que a mitigação da força obrigatória dos pactos também deveu-se a maciça intervenção do Estado, de forma política e econômica, nos contratos celebrados entre particulares, no intuito de acautelar objetivos sociais eventualmente atingidos por referidos pactos.

De idêntica forma, não mais vinga a noção de que o contrato celebrado produz efeitos somente entre as partes contratantes – conceito apregoado pelo princípio da relativização dos efeitos contratuais – mas, outrossim, por vezes, produz efeitos difusos e coletivos, mormente diante da adoção do princípio da função social do contrato.

Embora relativizados tais princípios ainda subsistem; porém, consoante lição de Antonio Junqueira de Azevedo¹², há que se acrescentar a estes novos princípios norteadores do contrato: 1) função social do contrato; 2) boa-fé objetiva e 3) equilíbrio econômico do contrato.

Inserções cuja análise compreende o estudo do tema ora em comento.

3.1 Da função social do contrato

3.1.1 Noções introdutórias

Além de figurar como novo pilar do novel direito contratual, a função social do contrato figura também como princípio estruturante da ordem econômica previsto no artigo 170 da Constituição da República, traduzindo-se o contrato em verdadeiro instrumento de promoção da dignidade da pessoa humana constante no artigo 1º, inciso III, da Carta Magna.

Antes de adentrar na análise da função social do contrato, urge salientar que, hodiernamente, a função social do contrato tem sido vista muito além de simples

¹⁰A Teoria da Onerosidade Excessiva defende que a excessiva onerosidade imposta a uma das partes contraentes não pode sobrepor aos objetivos almejados no momento da contratação. Na maioria das vezes, as partes contratantes tem como fator decisivo para a formação do vínculo contratual, a equivalência e equilíbrio das obrigações ou prestações assumidas.

¹¹Teoria invocada quando a onerosidade excessiva decorrente de fatos extraordinários, cuja consequência não se poderia prever na celebração do contrato, repercute em efeitos supervenientes, imprevisos e não correspondentes aos interesses iniciais das partes.

¹²JUNQUEIRA, 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 o inadimplemento contratual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 750, p.115, abr. 1998.

cláusula geral normativa (normal legal impositiva) mas, outrossim, como verdadeiro princípio jurídico que embasa não somente a ordem econômica da República como, também, os objetivos constitucionais, dentre eles, o respeito e a valorização da pessoa humana, objetos da moderna relação contratual.

Celso Antonio Bandeira de Mello¹³ conceitua princípio como sendo “por definição, mandamento nuclear do sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. Conclui renomado jurista que “violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer”.

Portanto, a violação de referido princípio contratual é muito mais gravosa do que o desrespeito à norma legal posta.

3.1.2 Conceituação de função social do contrato

Mas o que é função social do contrato?

Sem olvidar a respeito da flexibilização do conceito de “contrato”, urge salientar que embora o Código de Defesa do Consumidor não preveja, expressamente, a função social do contrato em seu texto, é ponto pacífico que tal princípio também aplicar-se-á às relações de consumo.

Aliás, segundo entendimento de Antonio Carlos Efig¹⁴, em verdade, o Código de Defesa do Consumidor foi criado com o intuito de efetivar a função social do contrato, conferindo maior proteção jurídica à parte mais débil da relação contratual.

De acordo com os ensinamentos de Antonio Carlos Efig, qualquer ato que ofenda o preceito contido no artigo 3º da Constituição Federal da República¹⁵ fere frontalmente a função social que todo contrato deve possuir.

De outro verto, atendendo a anseios sociais previstos em seara constitucional, o artigo 421 Código Civil de 2002, prevê expressamente a função social do contrato nas relações civis, inclusive como limitador da autonomia privada, *verbis*:

¹³MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 12ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 747-48.

¹⁴Expresso em sala de aula por ocasião do Seminário e Debates sobre o artigo ora apresentado.

¹⁵Art. 3º – Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II – garantir o desenvolvimento nacional;

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Art. 421 – A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Feita tal ressalva, importa salientar que, considerando a vagueza da expressão legal “função social do contrato”, a conceituação desta não é matéria das mais simples.

Consoante assevera Claudio Luiz Bueno de Godoy¹⁶, indicando a lição de Fábio Konder Comparato¹⁷, “em rigor, quando se fala em função tem-se, em geral, a noção de um poder de dar destino determinado a um objeto ou a uma relação jurídica, de vinculá-los a certos objetivos; o que, acrescido do adjetivo “social”, significa dizer que esse objetivo ultrapassa o interesse do titular do direito – que, assim, passa a ter um poder-dever – para revelar-se como de interesse coletivo”.

Neste sentido, a função social do contrato significa a funcionalização dos direitos subjetivos detidos pelos particulares que, de acordo com a nova hermenêutica e formação contratual, devem ceder ou harmonizar-se com os interesses sociais constitucionais embaixadores da República Federativa do Brasil.

Noutras palavras, da redação do texto legal supratranscrito, dessume-se que qualquer direito ou prerrogativa detido pela parte deve harmonizar-se a um fim social. Donde se pode constatar que o princípio da função social do contrato está intimamente ligado ao princípio da autonomia privada, sendo aquele limitador deste.

Isto porque o contrato deve atender ou, ao menos, harmonizar-se com as exigências sociais, e não somente servir como instrumento de entabulação de negócios egoísticos visando o atendimento exclusivo da vontade das partes contratantes.

Neste sentido, o princípio da liberdade contratual e autonomia da vontade passa a ser limitado pela crescente intervenção estatal na economia, visando assegurar a função social de todo e qualquer pacto celebrado.

Portanto, no afã de conferir maior igualdade material *inter pars*, o Estado poderá (deverá) intervir para equilibrar o poder das partes contratantes, por meio de normas imperativas; limitando a autonomia privada, protegendo o lado mais fraco da relação jurídica patrimonial. É o que se verifica, por exemplo, nos contratos de consumo e locação, dentre outros.

Há que se concluir, portanto, que a função social do contrato importa na relativização dos direitos subjetivos visando sua integração ao sistema social; ou, na

¹⁶GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função Social do Contrato**. Os novos princípios contratuais. 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004 – (Coleção Prof. Agostinho Alvim, Coordenação Renan Lotufo), p. 111.

¹⁷COMPARATO, Fábio Konder. Função social da propriedade dos bens de produção. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. v. 63, p. 71-9, jul/set. 1986.

lição de Ruben Stiglitz¹⁸ “significa conceber e proteger direitos subjetivos contratuais somente enquanto instrumentos úteis a serviço do desenvolvimento social”.

Assim, no hodierno direito contratual brasileiro, a função social do contrato significa que sua composição clássica – com origens individualistas e voluntaristas – deverá ceder lugar a um novo modelo de ajuste, voltado a preservar os valores e princípios constitucionais de dignidade, solidarismo e livre desenvolvimento da pessoa humana, nos exatos termos do artigo 1º, da Constituição da República Federativa do Brasil. Aliás, convém dizer que foi neste sentido a promulgação do novo Código Civil Brasileiro (Lei nº 10 406, de 10/01/2002) que, segundo Miguel Reale¹⁹, fulcrado no princípio da socialidade ou socialização, buscou através de diversas previsões legais, mormente a contida no seu artigo 421, exterminar o modelo individualista de contrato apregoado pelo Código Civil de 1916, modificando seu eixo interpretativo, de modo a garantir que o contrato celebrado seja recebido pelo ordenamento desde que cumpra nova função atinente à proteção do interesse comum.

Através de referida legislação, previu-se, então, a mitigação do princípio da relatividade dos efeitos do contrato frente aos valores constitucionais básicos. Ou seja, hodiernamente, face a sua função social, o contrato encontra-se voltado ao prestígio e respeito de valores primários eleitos pela Constituição, redundando na constitucionalização do direito civil.

Segundo Maria Helena Diniz²⁰, a consequência da criação do artigo 421 do novo Código Civil redundava no fato de que “a liberdade de contratar não é absoluta, pois está limitada não só pela supremacia da ordem pública, que veda convenção que lhe seja contrária e aos bons costumes, de forma que a vontade dos contratantes está subordinada ao interesse coletivo, mas também pela função social do contrato, que o condiciona ao atendimento do bem comum e dos fins sociais. A função social do contrato prevista no art. 421 do Código Civil constitui cláusula geral que impõe a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros; reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas e não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance deste princípio, quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana”.

¹⁸STIGLITZ, Ruben. *Autonomia de la voluntad y revision del contrato*. Contractos: teoria general. Buenos Aires: Depalma, 1993. v. 2, p. 275.

¹⁹REALE, Miguel. Visão geral do projeto de Código Civil. Cidadania e Justiça. *Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros*. v. 5, nº10, p. 61-73, 1º semestre/ 2001.

²⁰DINIZ, Maria Helena. *Jornada de direito civil*, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, setembro/ 2002.

Portanto, a função social do contrato – vista como cláusula geral ou princípio – é decorrência lógica do princípio constitucional dos valores da solidariedade e da construção de uma sociedade mais justa (CF, art. 3º, I) e significa que não mais se pode conceber o contrato apenas do ponto de vista econômico: é imprescindível verificar se o contrato celebrado cumpre sua função social para, somente então, ser eficaz.

3.2 Boa-fé objetiva

3.2.1 Noções introdutórias

Inserida no conceito de função social do contrato²¹ e como novo paradigma, encontra-se a boa-fé, componente indispensável de todo e qualquer pacto celebrado.

Como novo paradigma nas relações contratuais, a moderna teoria do direito contratual propõe o renascimento de um princípio geral de direito: o princípio da boa-fé objetiva, aplicável obrigatoriamente a todos os contratos.

Previamente à explanação sobre o conceito de referido princípio, urge salientar a flagrante distinção existente entre boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva, esta última positivada no Código de Defesa do Consumidor e na legislação civil vigente.

Nas palavras de Claudio Luiz de Bueno Godoy²² “diferente da boa-fé subjetiva, que é um estado psicológico, um estado anímico de ignorância da antijuridicidade ou do potencial ofensivo de determinada situação jurídica, a boa-fé objetiva é uma regra de conduta, uma regra de comportamento leal que se espera dos indivíduos, portanto, que com aquela não se confunde”.

Assim, enquanto a boa-fé subjetiva implica em estado de espírito ou ânimo interno da pessoa, a boa-fé objetiva, no campo contratual, significa um padrão de conduta leal que deve ser respeitado pelos contratantes, eis que legitimado pelo Direito.

A boa-fé objetiva funciona, então, como um modelo, um *standard*, que não depende de forma alguma da verificação da má-fé subjetiva do fornecedor ou do consumidor.

Feita tal distinção, mister salientar que o novo paradigma da teoria contratual é o respeito ao princípio da boa-fé objetiva que, inclusive, encontra-se positivada no artigo 422 do Código Civil vigente, bem como no Código de Defesa do Consumidor, no seu artigo 51, inciso IV – como cláusula geral impositiva de deveres contratuais às partes contratantes –, e no artigo 4º, inciso III – como regra de hermenêutica contratual.

²¹Nas palavras de Waldírio Bulgarelli “a função social do contrato e a boa-fé objetiva são como salvaguardas das injunções do jogo do poder negocial”.

²²GODOY, Claudio Luiz Bueno De. **Função Social do Contrato**. Os novos princípios contratuais. 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004 – (Coleção Prof. Agostinho Alvim, Coordenação Renan Lotufo), p. 89.

3.2.2 Boa-fé objetiva vista como dever de conduta (Cláusula geral)

O artigo 422 do Código Civil vigente determina expressamente que:

Art. 422 – Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Previsão similar contida nos artigos 4º, inciso III e 51, inciso IV do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 4º – A Política Nacional de Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito a sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

III – harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.

Como boa-fé objetiva, prevista no Código Civil bem como no Código de Defesa do Consumidor, compreende-se a cooperação e respeito, a conduta esperada e leal das partes contratantes, tutelada em todas as relações contratuais. É a exigência de comportamento leal dos contratantes.

Cláudia Lima Marques²³ conceitua boa-fé objetiva como sendo “uma atuação refletida, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes”.

Segundo o doutrinador italiano Betti²⁴ boa-fé objetiva “é o compromisso expresso ou implícito de fidelidade e cooperação nas relações contratuais, é uma visão mais ampla, menos textual do vínculo, é a concepção leal do vínculo, das expectativas que desperta (confiança)”.

²³MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. O novo regime das relações contratuais. 5ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006, p. 216.

²⁴BETTI. *Teoria general de las obligaciones*. T. I, p. 84.

A imposição, pela hodierna teoria contratual, do princípio de boa-fé objetiva na formação e execução dos contratos obteve como resultado imediato a modificação do modo de visualizar a relação contratual.

Antes vista como uma relação estática, o contrato passa a ser visto como uma relação dinâmica que “nasce, vive e morre”, vinculando por tempo pré-determinado as partes contratantes.

Por intermédio desta visão dinâmica do contrato passou-se a enxergar que o contrato não envolve somente a obrigação de prestar nos termos pactuados mas, envolve também, uma obrigação de conduta das partes contratantes!

Assim, a relação contratual nada mais é do que um contrato social, que vincula pessoas que, necessariamente, deverão respeitar deveres gerais de conduta apregoados pela boa-fé e pelo direito.

Desta forma, a relação contratual impõe aos contratantes deveres de agir conforme boa-fé e os costumes, servindo o contrato para reforçar tais deveres e tal vínculo!

Isto porque liberar os contratantes do cumprimento de seus deveres de conduta implicaria em legitimar a má-fé na celebração e execução do contrato, com o que não se coaduna a atual teoria contratual, tampouco o ordenamento jurídico vigente.

Como exemplo, no particular, destaca-se o dever de informar previsto no artigo 30 e 31 do Código de Defesa do Consumidor, por intermédio do qual incumbe ao fornecedor, já nas tratativas contratuais²⁵, informar ao potencial consumidor sobre os riscos do serviço a ser executado ou sobre a forma de utilização do produto, pena de inadimplemento contratual.

De fato, o vínculo contratual não vige somente da celebração ao cumprimento do contrato mas, outrossim, como observa Carlyle Popp²⁶ a boa-fé objetiva como novo princípio contratual importa “no surgimento de deveres de conduta, desde antes da celebração do contrato, em que se desenvolvem as negociações contratuais, mas regidas pelos princípios do contrato, mesmo em termos de responsabilidade, de resto como sucede, na lembrança do autor, com a oferta e publicidade, e o que se estende à fase posterior ao ajuste”.

²⁵Mas não somente nesta fase, como também na fase pós-contratual, incumbe ao fornecedor informar ao consumidor sobre riscos do serviço ou produto (bem) adquirido, no que se convencionou chamar *recall*. Segundo Antonio Junqueira de Azevedo, em Insuficiências, deficiências e desatualização do Projeto de Código Civil. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 775, p. 13, maio de 2000: “Obrigação há, como imperativo da boa-fé contratual, da lealdade dos contratantes, mesmo já findo o ajuste”.

²⁶POPP, Carlyle. **Responsabilidade civil pré-negocial**: rompimento das tratativas. Curitiba: Ed. Juruá, 2001, p. 149.

Assim, consoante leciona Claudia Lima Marques²⁷ “a relação contratual obriga não somente ao cumprimento da obrigação principal (prestação), mas também ao cumprimento de várias obrigações acessórias ou dos deveres anexos ao contrato, como a boa-fé objetiva”.

Portanto, expandiu-se a boa-fé objetiva como uma exigência de “eticização das relações jurídicas”²⁸, a ponto de elasticar sua abrangência a outras áreas do direito privado – que não somente a contratual – bem como ao direito público.

3.2.3 Boa-fé objetiva e suas funções: principiológica e interpretadora

Das funções outorgadas ao princípio da boa-fé objetiva, a mais utilizada é a função interpretadora prevista expressamente no artigo 47 do CDC, que prevê:

Art. 47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

Rizzato Nunes²⁹ salienta que a função da boa-fé objetiva não se limita exclusivamente a proteger a parte mais fraca da relação contratual: também possui como basilar função “orientar a interpretação garantidora da ordem econômica, em harmonia com os princípios constitucionais do art. 170, sua razão de ser”.

Assim, ao contrário do Código Civil de 1916, que no seu artigo 85 previa que nas declarações de vontade devia-se atentar mais à intenção do declarante do que ao sentido literal das palavras, o Código Civil vigente (2002), no seu artigo 113, a exemplo do que prevê o Código Civil Alemão, determinou que “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

Isto significa dizer que o contrato, de acordo com a boa-fé objetiva, deve ser interpretado de forma a preservar a confiança e a justa expectativa dos contratantes ou, nas palavras de Claudio Luiz de Bueno Godoy³⁰ “as cláusulas contratuais devem ser entendidas de acordo com seu sentido objetivo e aparente, interpretando-se-as sempre em função de um significado que o *standard* de conduta leal aponte ser o mais razoável, ou seja, as declarações de vontade, no contrato, devem ser interpretadas de acordo com o que seria o razoavelmente esperado de um contratante leal”.

Portanto, a boa-fé objetiva utilizada como regra hermenêutica possibilita ao julgador interpretar e, quando necessário, suprir e corrigir vícios da relação contratual.

²⁷MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. O novo regime das relações contratuais. 5ª ed., São Paulo: RT, 2006, p. 220.

²⁸Transcrevendo frase de Adolfo di Majo. *Obbligazioni in genere*. Bologna: Zanichelli, 1985, p. 312.

²⁹NUNES, Luiz Antonio Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor**. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 128.

³⁰GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função Social do Contrato**. Os novos princípios contratuais. 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004 – (Coleção Professor Agostinho Alvim, Coordenação Renan Lotufo), p. 77.

Assim, além do princípio da boa-fé objetiva impôr deveres de conduta às partes contratantes, tanto na fase de tratativas, quanto na fase pós-contratual, exigindo-lhes atuação leal e recíproca, referido princípio também pode ser utilizado pelo julgador como regra de hermenêutica, visando suprir ou alcançar o real alcance do pacto.

Vale notar que a inserção do Princípio da Boa-fé Objetiva e da Função Social do Contrato como novos paradigmas contratuais, ao lado de outros clássicos princípios contratuais mencionados no início deste trabalho, possui ambiciosa finalidade: o equilíbrio contratual que, para ser alcançado, outorga ao Estado poderes para intervir maciçamente na relação contratual privada, limitando a autonomia da vontade e relativizando os efeitos contratuais.

4 Equilíbrio contratual

Como conseqüência do respeito à função social do contrato e à boa-fé objetiva, somados aos clássicos princípios contratuais – devidamente relativizados frente aos novos paradigmas da teoria contratual, consoante já exposto durante todo este trabalho – ter-se-á o equilíbrio ou equidade contratual.

Efetivamente, com o advento do Código de Defesa do Consumidor o contrato passa a ter seu conteúdo e equilíbrio mais controlado, valorizando-se o seu sinalagma, este compreendido como bilateralidade na qual prevalece a vontade da lei sobre a vontade externada pelas partes, evitando-se assim o desequilíbrio contratual.

Nesse diapasão, o Estado passou a interessar-se pelo sinalagma das relações privadas, revisando os excessos contratuais, justamente porque, convencido da desigualdade entre os contratantes, deseja proteger o equilíbrio mínimo das relações sociais e a confiança do contratante mais débil.

Portanto, o que se busca através da justiça contratual é uma equilibrada repartição, entre os contratantes, de benefícios e encargos contratuais.

Segundo Paulo Nalin³¹, o Princípio da Justiça ou Equidade Contratual “deverá imperar no contrato, seja ele de longa duração ou não, uma vez que as parcelas reciprocamente devidas nunca poderão estar desajustadas ou sofrer perdas ou ganhos, ao longo a execução avençada”, sendo meio legítimo para se “alcançar a justiça contratual³²”.

Urge notar que tanto no Código Civil, quanto no Código de Defesa do Consumidor, fartas são as normas positivadas que apregoam o Equilíbrio Contratual.

³¹NALIN, Paulo. **Do Contrato**: conceito pós-moderno. Em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. 1.ª ed., Curitiba: Juruá, 2001, p. 142.

³²MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. O novo regime das relações contratuais. 5.ª ed., São Paulo: RT, 2006, p. 391.

Em especial no que tange a legislação consumerista, insta salientar que o Código de Defesa do Consumidor, no seu artigo 51, parágrafo 1º, inciso II, consagrou explicitamente o princípio do equilíbrio contratual, *verbis*:

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

§ 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:

II – restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual.

Assim, considerando que, consoante palavras do doutrinador francês Jacques Ghestin³³ “só o contrato justo obriga” a inobservância do Princípio do Equilíbrio ou Justiça Contratual poderá redundar na declaração de nulidade da cláusula abusiva, na revisão da cláusula ou contrato que imponha obrigações desproporcionais entre as partes, no reajustamento de parcelas ou do contrato ou, quiçá, no reconhecimento de que referida avença ou cláusula contratual não obriga aos contratantes.

5 Consequência legal (sanção) pelo desrespeito aos princípios da função social do contrato e boa-fé objetiva

Vistos os novos princípios norteadores da Teoria Contratual moderna, incumbe indagar: considerando que as disposições legais mencionadas neste trabalho, à primeira leitura, figuram como cláusulas gerais normativas e principiológicas, haveria alguma penalidade legal a ser imposta aos seus violadores?

Efetivamente, sob a égide do Código Civil de 1916, não havia previsão expressa de preceito sancionatório ou punitivo ao violador dos princípios da teoria contratual – embora não se olvide que, na época, tais preceitos não eram tão fortificados como nos dias atuais.

Tampouco se falava sobre a nulidade/anulabilidade dos contratos, haja vista que, considerando ausência de expressa previsão legal, bem como o fato de que o Código Civil de 1916, no seu artigo 145, previa que a nulidade do ato jurídico somente poderia ser reconhecida “quando a lei taxativamente o declarar nulo ou lhe negar efeito³⁴”, a ineficácia (nulidade ou anulabilidade) do contrato não poderia ser reconhecido pelo Judiciário.

Sobre tal prisma, Paulo Nalin menciona que surgiu, assim, “a necessidade de se buscar no seio da doutrina mais especializada, uma solução que se mostre adequada e possibilite que se conclua pela nulidade do negócio contratual que escapa de sua

³³GHESTIN, Jacques. *Traité de droit civil: la formation du contrat*. 3ª ed., Paris: LGDJ, 1993, p. 225.

³⁴“Pas de nullités sans texte” – Não há nulidade sem previsão legal.

função social. A resposta que se afigurava mais adequada é o reconhecimento da nulidade virtual como uma hipótese aceitável no contexto da teoria das nulidades³⁵.

Ao contrapor a nulidade virtual com a textual, Orlando Gomes deduzia ser aquela implícita, decorrente da função da norma jurídica e não de texto sancionatório expresso, reconhecendo a dificuldade de sua determinação, na ausência de texto legal que a sustente.

Contudo, a entrada em vigor do Código Civil de 2002, em especial o parágrafo único de seu artigo 2035, pôs fim à celeuma ao determinar:

Art. 2035 – (...)

Parágrafo único – 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 contratos.

Por sua vez, o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 46, prescreve que “os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance”.

Assim, havendo afronta a quaisquer dos preceitos contratuais, o contrato celebrado poderá ser considerado ineficaz.

Resta saber que tipo de ineficácia se lhe impõe: nulidade ou anulabilidade do pacto.

Nulidade parece ser a sanção mais adequada ao quadro em questão pois, consoante lição de Pietro Perlingieri³⁶, o regime de nulidade parte de um prisma de intensidades sancionatórias variadas, sendo a nulidade a mais grave e, a anulabilidade, a menos grave. Segundo Perlingieri, a nulidade se dirige à salvaguarda de valores superiores tutelando interesses gerais, ao passo que a anulabilidade se dirige à proteção de interesses individuais das partes.

Neste mesmo sentido, Luiz Antonio Rizzato Nunes³⁷ leciona que:

Diferentemente do Código Civil que dispõe sobre dois tipos de nulidade: a absoluta e a relativa, a Lei 8078 apenas reconhece as nulidades absolutas de pleno direito, fundadas no seu art. 1º, que estabelece que as normas que regulam as relações de consumo são de ordem pública e interesse social. Por isso, não há que se falar em cláusula abusiva que se possa validar: ela sempre nasce nula, ou, melhor dizendo, foi escrita e posta no contrato, mas é nula desde sempre.

³⁵NALIN, Paulo. **Do Contrato**: conceito pós-moderno. Em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. 1ª ed., Curitiba: Juruá, 2001, p. 238.

³⁶PERLINGIERI, Pietro. **Manuale di diritto civile**. Nápoles: ESI, 1997, p. 409.

³⁷NUNES, Luiz Antonio Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor**. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 622.

Neste diapasão, considerando os interesses sociais tutelados pela boa-fé objetiva e pela função social do contrato, havendo ofensa a tais princípios, o contrato celebrado ou cláusula em específico poderão ser reputados como nulos, haja vista a gravidade da ofensa que representam.

A jurisprudência tem se manifestado nesta linha:

Banco. Contrato de mutuo e abertura de crédito rotativo. (...) Juros que constituem o preço pago pelo consumidor. Cláusula prevendo alteração unilateral do percentual previa e expressamente ajustado pelos figurantes do negócio. Nulidade pleno iure. Possibilidade de conhecimento e decretação de ofício (Ap.193.051.216, 7ª Câm. Do TJRS, rel. Dês. Antonio Janyr Dall’Agnol Junior, JTJRS 697/173) – (Grifo nosso).

Note-se que, considerando que as cláusulas contratuais abusivas importam em violação à matéria de ordem pública e interesse social, tais além de serem nulas de pleno direito e possuírem efeito *ex tunc*³⁸, poderão ser reconhecidas *ex-officio* pelo Julgador.

6 Conclusão

Diante do exposto, pode-se concluir que é o Princípio Protecionista – previsto já no artigo 1º da Lei n. 8 078, que inaugura e prevalece sobre o sistema legal consumerista: todas as normas instituídas pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC) têm como princípio e meta a proteção e defesa do consumidor.

É exatamente por isso que, no que tange as relações contratuais de consumo, não se pode olvidar o protecionismo da parte mais débil da relação (consumidor), que deve sempre ser levado em consideração na ocasião do deslinde do feito.

Assim, a concepção clássica e histórica do contrato, fulcrada no tripé autonomia da vontade, obrigatoriedade e relativização dos efeitos contratuais é hodiernamente relativizada muito além da seara do consumidor, como também na legislação civil geral, preocupando-se o legislador não somente com a vontade ou obrigatoriedade do pacto celebrado mas, sim, se este o foi estando as partes imbuídas de boa-fé (objetiva e subjetiva) e se tal cumpre sua função social, evitando-se assim o desequilíbrio contratual, tão maléfico à ordem social, mormente quando se tem em consideração que o contrato é visto, hoje, como “instrumento de proteção dos direitos fundamentais do consumidor, dentre eles garantindo-lhe a segurança, qualidade, adequação de serviços”³⁹.

³⁸Vez que a nulidade é reputada existente desde o nascimento/prática do ato ou fechamento do negócio.

³⁹MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. O novo regime das relações contratuais. 5ª ed., São Paulo: RT, 2006. p. 258.

7 Referências

- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Insuficiências, deficiências e desatualização do Projeto de Código Civil. RT, v. 775, p. 13, maio de 2000.
- BESSONE, Darcy. **Do Contrato: teoria geral**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 44.
- BETTI. **Teoria general de las obligaciones**. T. I, p. 84.
- COMPARATO, Fabio Konder. Função social da propriedade dos bens de produção. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. v. 63, p. 71-79, jul/set. 1986.
- DINIZ, Maria Helena. **Jornada de direito civil**. Promovida pelo centro de estudos judiciários do conselho da justiça federal, setembro/2002).
- GHESTIN, Jacques. **Traité de droit civil: la formation du contrat**. 3ª ed., Paris: LGDJ, 1993, p. 225.
- GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Função Social do Contrato**. Os novos princípios contratuais. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004. (Coleção Professor Agostinho Alvim, Coordenação Renan Lotufo).
- 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 o inadimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 750, p. 116, abr. 1998.
- MAJO, Adolfo di. **Obbligazioni in genere**. Bologna: Zanichelli, 1985.
- MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. O novo regime das relações contratuais. 5ª ed., São Paulo: RT, 2006, p. 163.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 12ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 747-748.

NALIN, Paulo. **Do Contrato**: Conceito pós-moderno. Em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. 1ª ed., Curitiba: Juruá, 2001.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor**. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 128.

PERLINGIERI, Pietro. **Manuale di diritto civile**. Nápoles: ESI, 1997, p. 409.

POPP, Carlyle. **Responsabilidade civil pré-negocial**: rompimento das tratativas. Curitiba: Ed. Juruá, 2001, p. 149.

REALE, Miguel. Visão geral do projeto de Código Civil. Cidadania e Justiça. **Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros**. v. 5, nº 10, p. 61-73, 1º semestre 2001.

ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, p. 36.

STIGLITZ, Ruben. **Autonomia de la coluntad y revision del contrato**. Contractos: teoria general. Buenos Aires: Depalma, 1993, v. 2, p. 275.