

2019

COORDENADORES

ALINE DE
MIRANDA
**VALVERDE
TERRA**

CARLOS
NELSON
KONDER

GISELA
**SAMPAIO
DA CRUZ
GUEDES**

PRINCÍPIOS CONTRATUAIS APLICADOS

BOA-FÉ, FUNÇÃO SOCIAL
E EQUILÍBRIO CONTRATUAL À LUZ
DA JURISPRUDÊNCIA

2019 © Editora Foco

Coordenadores: Aline de Miranda Valverde Terra, Carlos Nelson Konder e Gisela Sampaio da Cruz Guedes

Autores: Aline de Miranda Valverde Terra, Bernardo Salgado, Carlos Nelson Konder, Dan Guerchon, Danielle Fernandes Bouças, Deborah Pereira Pinto dos Santos, Diana Loureiro Paiva de Castro, Filipe José Medon Affonso, Francisco de Assis Viegas, Gisela Sampaio da Cruz Guedes, Ilan Goldberg, João Pedro Fontes Zagni, Jordan Vinícius de Oliveira, Larissa de Lima Vargas Souza, Leonardo Fajngold, Livia Barboza Maia, Marcos de Souza Paula, Maria Proença Marinho, Rodrigo da Guia Silva, Rodrigo Leitão Requena, Rodrigo Saraiva Porto Garcia e Victor Willcox

Diretor Acadêmico: Leonardo Pereira

Editor: Roberta Densa

Assistente Editorial: Paula Morishita

Revisora Sênior: Georgina Renata Dias

Capa Criação: Leonardo Hermano

Diagramação: Ladislau Lima

Impressão miolo e capa: VIENA GRÁFICA E EDITORA LTDA

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) de acordo com ISBD

P957

Princípios contratuais aplicados: boa-fé, função social e equilíbrio contratual à luz da jurisprudência / Bernardo Salgado ... [et al.] ; organizado por Aline de Miranda Valverde Terra, Carlos Nelson Konder, Gisela Sampaio da Cruz Guedes. - Indaiatuba, SP : Editora Foco, 2019.

400 p. ; 17cm x 24cm.

Inclui bibliografia e índice.

ISBN: 978-85-8242-372-1

1. Direito. 2. Princípios contratuais. 3. Jurisprudência. I. Salgado, Bernardo. II. Guerchon, Dan. III. Bouças, Danielle Fernandes. IV. Santos, Deborah Pereira Pinto dos. V. Castro, Diana Loureiro Paiva de. VI. Affonso, Filipe José Medon. VII. Viegas, Francisco de Assis. VIII. Goldberg, Ilan. IX. Zagni, João Pedro Fontes. X. Oliveira, Jordan Vinícius de. XI. Souza, Larissa de Lima Vargas. XII. Fajngold, Leonardo. XIII. Maia, Livia Barboza. XIV. Paula, Marcos de Souza. XV. Marinho, Maria Proença. XVI. Silva, Rodrigo da Guia. XVII. Requena, Rodrigo Leitão. XVIII. Garcia, Rodrigo Saraiva Porto. XIX. Willcox, Victor. XX. Terra, Aline de Miranda Valverde. XXI. Konder, Carlos Nelson. XXII. Guedes, Gisela Sampaio da Cruz. XXIII. Título.

2019-345

CDD 340 CDU 34

Elaborado por Vagner Rodolfo da Silva – CRB-8/9410

Índices para Catálogo Sistemático:

1. Direito 340 2. Direito 34

DIREITOS AUTORAIS: É proibida a reprodução parcial ou total desta publicação, por qualquer forma ou meio, sem a prévia autorização da Editora FOCO, com exceção do teor das questões de concursos públicos que, por serem atos oficiais, não são protegidas como Direitos Autorais, na forma do Artigo 8º, IV, da Lei 9.610/1998. Referida vedação se estende às características gráficas da obra e sua editoração. A punição para a violação dos Direitos Autorais é crime previsto no Artigo 184 do Código Penal e as sanções civis às violações dos Direitos Autorais estão previstas nos Artigos 101 a 110 da Lei 9.610/1998. Os comentários das questões são de responsabilidade dos autores.

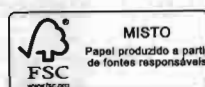
NOTAS DA EDITORA:

Atualizações e erratas: A presente obra é vendida como está, atualizada até a data do seu fechamento, informação que consta na página II do livro. Havendo a publicação de legislação de suma relevância, a editora, de forma discricionária, se empenhará em disponibilizar atualização futura.

Bônus ou Capítulo On-line: Excepcionalmente, algumas obras da editora trazem conteúdo no on-line, que é parte integrante do livro, cujo acesso será disponibilizado durante a vigência da edição da obra.

Erratas: A Editora se compromete a disponibilizar no site www.editorafoco.com.br, na seção Atualizações, eventuais erratas por razões de erros técnicos ou de conteúdo. Solicitamos, outrossim, que o leitor faça a gentileza de colaborar com a perfeição da obra, comunicando eventual erro encontrado por meio de mensagem para contato@editorafoco.com.br. O acesso será disponibilizado durante a vigência da edição da obra.

Impresso no Brasil (04.2019) – Data de Fechamento (04.2019)



2019

Todos os direitos reservados à
Editora Foco Jurídico Ltda.

Al. Júpiter 542 – American Park Distrito Industrial

CEP 13347-653 – Indaiatuba – SP

E-mail: contato@editorafoco.com.br

www.editorafoco.com.br

APRESENTAÇÃO

O protagonismo que os princípios assumiram nos últimos anos levantou relevante preocupação com a forma de fundamentação das decisões: por serem enunciados normativos comumente gerais e abstratos, sua aplicação exige especial cuidado para evitar insegurança jurídica e arbítrio do intérprete. Foi essa preocupação que motivou o projeto de pesquisa “Os princípios contratuais no TJRJ”, cujos resultados são analisados nesta obra.

Durante período de mais de três anos, vinte e nove mestrandos e doutorandos do Programa de Pós-graduação em Direito da UERJ coletaram, catalogaram e analisaram o total de 3.098 decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, publicadas durante o período de 2015 a 2017. Foram selecionadas as decisões que invocavam os princípios da boa-fé, da função social e do equilíbrio contratual por serem os princípios que ganharam maior destaque na doutrina e na jurisprudência contemporâneas. Optou-se pela apreciação da jurisprudência de um tribunal estadual por se entender que o grande volume de decisões permitiria análise mais representativa da realidade do cotidiano jurisdicional da invocação dos princípios.

Mais especificamente, foram coletadas 1.472 decisões julgadas pelas câmaras cíveis não especializadas e publicadas durante 2015, com base no argumento de busca “boa-fé”; 655 decisões julgadas por todas as câmaras cíveis e publicadas durante os anos de 2014 a 2016, com base no argumento de busca “função social do contrato”; e 971 decisões também julgadas por todas as câmaras cíveis e publicadas durante os anos de 2015 e 2017, cujo argumento de busca englobou os diversos termos utilizados para se referir ao princípio do equilíbrio contratual (“Equilíbrio contratual”, “Equilíbrio do contrato”, “Equilíbrio econômico”, “Equilíbrio das prestações”, “Equivalência material”, “Igualdade material” e “contrato”, “Justiça contratual” e “Equilíbrio financeiro”).

Esses resultados foram sistematizados em planilhas, com base em critérios amplamente debatidos entre os participantes do projeto. Além dos dados da decisão (órgão, relator, número, ementa, data), foram utilizados critérios objetivos, como tipo de decisão (monocrática ou acórdão), campo do direito (empresarial, administrativo etc.) e objeto do contrato (financiamento, habitação, saúde etc.), mas também critérios que exigiam dos pesquisadores avaliação da decisão, como o papel do princípio (sua invocação autônoma ou reforço de outro instituto) e a fundamentação da sua invocação (se adequadamente desenvolvida sua relação com o caso concreto ou se havia mera menção na ementa ou na fundamentação). Utilizaram-se também critérios específicos para certos princípios: quanto à boa-fé, verificou-se se era objetiva ou subjetiva, qual sua função (interpretativa, limitativa ou normativa), e eventual

especificação (dever anexo ou figura parcelar); quanto à função social, perquiriu-se se o interesse tutelado era da parte, de terceiro ou da coletividade; quanto ao equilíbrio, investigou-se qual o termo utilizado e se sua incidência era sobre o contrato singular ou sobre uma rede de contratos.

A partir dessa sistematização, cada participante se incumbiu de analisar determinado aspecto ou julgado que considerou especialmente relevante à luz dos resultados gerais obtidos. Alguns desses trabalhos se encontram reunidos nesta obra que agora apresentamos ao grande público, precedida por sintética apresentação geral dos resultados elaborada pelos coordenadores do projeto. Cientes de que toda crítica doutrinária à jurisprudência é, também, uma autocrítica da doutrina, que deixou de fornecer os subsídios científicos adequados para os julgadores, o que se pretende é aprofundar a reflexão sobre mecanismos de compatibilizar a necessária abertura e maleabilidade dos princípios com rigor e segurança na sua aplicação.

Agradecemos à dedicação de todos os nossos alunos envolvidos, que tornaram viável a execução de um projeto dessa magnitude: Amanda Guimarães Cordeiro de Souza; Antonio dos Reis Júnior; Bernardo Salgado; Bruno Terra de Moraes; Dan Guerchon; Danielle Fernandes Bouças; Deborah Pereira Pinto dos Santos; Diana Loureiro Paiva de Castro; Felipe Schwartzman; Filipe José Medon Affonso; Francisco de Assis Wagner Viegas; Ilan Goldberg; João Pedro Fontes Zagni; Jordan Vinícius de Oliveira; José Eduardo Coelho Branco Junqueira Ferraz; Larissa de Lima Vargas Souza; Leonardo Fajngold; Livia Barboza Maia; Marcos Alberto Rocha Gonçalves; Marcos de Souza Paula; Maria Proença Marinho; Mariana Ferradeira; Mauro Teixeira de Faria; Natália de Moura Soares; Pedro Pereira Lopes; Rodrigo da Guia Silva; Rodrigo Leitão Requena; Rodrigo Saraiva Porto Garcia; Thiago Villela Bastos Junqueira e Victor Wilcox.

Agradecemos especialmente à bolsista de iniciação científica Danielle Dutra Soares, que auxiliou a execução desta obra e do projeto de pesquisa como um todo.

O presente trabalho foi realizado com apoio do CNPq, Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – Brasil.

Aline de Miranda Valverde Terra

Carlos Nelson Konder

Gisela Sampaio da Cruz Costa Guedes

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

Aline de Miranda Valverde Terra, Carlos Nelson Konder e Gisela Sampaio da Cruz Costa Guedes.....	III
--	-----

BOA-FÉ, FUNÇÃO SOCIAL E EQUILÍBRIO CONTRATUAL: REFLEXÕES A PARTIR DE ALGUNS DADOS EMPÍRICOS

Aline de Miranda Valverde Terra, Carlos Nelson Konder e Gisela Sampaio da Cruz Guedes	1
---	---

BOA-FÉ

A INCIDÊNCIA DA BOA-FÉ OBJETIVA NAS RELAÇÕES CONDOMINIAIS: ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Diana Loureiro Paiva de Castro e Francisco de Assis Viegas	25
--	----

NOTAS SOBRE A PÓS-EFICÁCIA CONTRATUAL

Francisco de Assis Viegas.....	41
--------------------------------	----

CONFIANÇA, COOPERAÇÃO MÁXIMA, BOA-FÉ E O CONTRATO DE SEGURO

Ilan Goldberg	65
---------------------	----

O DEVER DE MITIGAR OS PRÓPRIOS PREJUÍZOS: UMA ANÁLISE DA APLICAÇÃO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO

Larissa de Lima Vargas Souza	87
------------------------------------	----

BOA-FÉ OBJETIVA E ABUSO DO DIREITO NAS DECISÕES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO NO ANO DE 2015

Livia Barboza Maia.....	105
-------------------------	-----

INADIMPLENTO E VIOLAÇÃO POSITIVA DO CONTRATO: ASPECTOS DA APLICAÇÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA NO DIREITO BRASILEIRO

Rodrigo da Guia Silva.....	123
----------------------------	-----

CONFUSÃO NA APLICAÇÃO DA BOA-FÉ: CONTRAPOSIÇÃO DE CONCEITOS E SEUS REFLEXOS NA RECENTE JURISPRUDÊNCIA DO TJRJ

Rodrigo Leitão Requena 147

FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

OPONIBILIDADE DOS CONTRATOS E TUTELA EXTERNA DO CRÉDITO: ANÁLISE A PARTIR ACÓRDÃO PROFERIDO PELO TJRJ

Danielle Fernandes Bouças 173

O CONTRATO DE CONSÓRCIO FINANCEIRO E O CUMPRIMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL

Deborah Pereira Pinto dos Santos 195

O CRÉDITO BANCÁRIO E A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

Marcos de Souza Paula 215

PLANOS PRIVADOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE E A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO: UM ESTUDO DE CASOS RECENTES

Maria Proença Marinho 231

UM ESTUDO DE CASO DA APLICAÇÃO AUTÔNOMA DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

Rodrigo Saraiva Porto Garcia 245

EQUILÍBRIO CONTRATUAL

ATRASO NA ENTREGA DE IMÓVEIS E O 'CONGELAMENTO DO SALDO DEVEDOR': AMPLIANDO AS FRONTEIRAS DE UM DEBATE FREQUENTE NA ROTINA DOS TRIBUNAIS

Bernardo Salgado 261

A INDEPENDÊNCIA DOS PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ OBJETIVA E DO EQUILÍBRIO CONTRATUAL E AS DIFICULDADES ENFRENTADAS PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Dan Guerchon 283

A LIMITAÇÃO GENÉRICA DE COBERTURA NOS CONTRATOS DE SEGURO SAÚDE: UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO TJRJ A PARTIR DO PRINCÍPIO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO

Filipe José Medon Affonso 305

O PRINCÍPIO DO EQUILÍBRIO CONTRATUAL E A CLÁUSULA REAJUSTE POR FAIXA ETÁRIA EM CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

João Pedro Fontes Zagni 325

EQUILÍBRIO CONTRATUAL E CLÁUSULA PENAL UNILATERAL EM CONTRATOS IMOBILIÁRIOS: UM RETRATO DA JURISPRUDÊNCIA DO TJRJ

Jordan Vinícius de Oliveira 343

UM ALERTA PARA A CONTRATAÇÃO NA ATUALIDADE: O CHOQUE ENTRE A MANUTENÇÃO DAS CONDIÇÕES PACTUADAS INDIVIDUALMENTE E O EQUILÍBRIO DO SISTEMA NAS REDES CONTRATUAIS

Leonardo Fajngold 359

O PRINCÍPIO DO EQUILÍBRIO CONTRATUAL E A ALOCAÇÃO DE RISCOS PELAS PARTES NAS RELAÇÕES PARITÁRIAS

Victor Willcox 377

BOA-FÉ, FUNÇÃO SOCIAL E EQUILÍBRIO CONTRATUAL: REFLEXÕES A PARTIR DE ALGUNS DADOS EMPÍRICOS

Aline de Miranda Valverde Terra

Doutora e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Professora Adjunta de Direito Civil da Faculdade de Direito da UERJ. Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da UERJ. Professora de Direito Civil da PUC-Rio. Professora dos cursos de pós-graduação da PUC-Rio e do CEPED/UERJ. Coordenadora editorial da Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil. Advogada.

Carlos Nelson Konder

Doutor e mestre em direito civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Especialista em direito civil pela Universidade de Camerino (Itália). Professor do Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da UERJ e do Departamento de Direito da PUC-Rio. Advogado.

Gisela Sampaio da Cruz Guedes

Doutora e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Professora Adjunta de Direito Civil da Faculdade de Direito da UERJ. Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da UERJ. Professora dos cursos de pós-graduação da PUC-Rio e do CEPED/UERJ. Advogada.

INTRODUÇÃO

Observa-se, na ordem contratual contemporânea, crítica cada vez mais contundente à centralidade da vontade individual como único elemento de fundamentação e legitimação da força obrigatória dos contratos. A autonomia privada, concebida outrora como a possibilidade de as partes se obrigarem como, quando e com quem quisessem, adquire novos contornos diante da contemporânea principiologia constitucional.

No modelo liberal clássico, o Direito, confiando no jogo livre das vontades individuais, abdicava de intervir nos clausulados negociais, sob pena de ser acusado de restringir indevidamente a autonomia privada. A ordem jurídica se limitava, por conseguinte, a conferir a legalidade formal do ato de autonomia e sua correspondência à vontade das partes, mantendo-se indiferente à justeza material dos arranjos de interesses.

A passagem para o Estado Social de Direito, voltado à solidariedade, à igualdade, ao respeito à pessoa e à promoção de sua dignidade, altera, de modo significativo, a atuação estatal. Reconhece-se que, em sociedades desiguais, é a intervenção do poder público que garante e promove a liberdade da pessoa humana.

A autonomia privada deixa, então, de ser considerada um valor em si mesmo e passa a ser concebida como instrumento de promoção de finalidades constitucionalmente relevantes, como o são, a rigor, na esteira do que propugna a metodologia do Direito Civil-Constitucional, todos os institutos jurídicos.¹ Afinal, “querer não é poder, em um ordenamento jurídico no qual o poder é disciplinado e regulado; o querer não é poder e o poder é atribuído pelo direito e não pela vontade das partes”.² É sempre necessário verificar se o ato de autonomia é lícito e merecedor de tutela, conforme, portanto, aos princípios constitucionais.³ Não há liberdade dissociada de outros valores incidentes na construção da noção de autonomia dos particulares.

A heterogeneidade dos interesses implicados em cada ato de autonomia impede a identificação de disciplina única e, conseqüentemente, a configuração de categoria abstrata que englobe todos os atos de autonomia privada.⁴ Ao contrário, trata-se a autonomia privada de categoria que se qualifica quando se concretiza na relação jurídica, a merecer tutela se e enquanto, em seu concreto exercício,⁵ “seja apresentável como atuação da ordem jurídica dos valores”.⁶ A autonomia privada ganha, dessa forma, um predicado, identificado em italiano pela expressão “*meritevole*”, a significar que será tutelado pelo ordenamento jurídico o ato de autonomia que atenda a uma função juridicamente relevante. A liberdade, em um ordenamento social e solidário, deve ser regulada, moldada pelos valores de fundo nos quais o ordenamento se inspira.⁷ Cuida-se, em suma, de funcionalizar os institutos jurídicos.⁸

1. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*, São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 40-44.

Sobre a metodologia do Direito Civil-Constitucional, confira-se: PERLINGIERI, Pietro. *Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente. Rassegna di Diritto Civile*, Napoli, v. 1, n. 5, p. 188-216, 2005; TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil*. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. t. 1. p. 1-23; PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 651.

2. PERLINGIERI, Pietro. *Relazione di sintesi*. In: FERRONI, Lanfranco (Coord.). *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002. p. 173; tradução livre.

3. PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 343.

4. PRISCO, Nicola di. *Gli itinerari dell'autonomia privata*. In: *Il contratto: Silloge in onore di Giorgio Opo*. Padova: Cedam, 1992. v. 1. p. 103.

5. PERLINGIERI, Pietro. *Autonomia privata e diritti di credito*. In: *Il Diritto dei contratti fra persona e mercato: Problemi del Diritto Civile*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2003. p. 29.

6. PERLINGIERI, Pietro. *I mobili confini dell'autonomia privata*. In: *Il Diritto dei contratti fra persona e mercato: Problemi del diritto civile*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2003. p. 16; tradução livre.

7. PERLINGIERI, Pietro. *Relazione di sintesi*. In: FERRONI, Lanfranco (Coord.). *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002. p. 167.

8. PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

Posto isso, sujeita-se o ato de autonomia a dupla ordem de controle: o controle de licitude e o de merecimento de tutela.⁹ O primeiro avalia se o ato concreto contraria as normas imperativas e os bons costumes.¹⁰ O controle de merecimento de tutela, a seu turno, analisa a idoneidade do ato concreto para a efetiva promoção de valores fundamentais do ordenamento jurídico.¹¹ O merecimento de tutela se reconduz à análise de justificação do ato a partir dos seus efeitos, não à avaliação estrutural, se-ara do juízo de licitude. Trata-se, em síntese, da verificação da coerência dos efeitos perseguidos pelo ato de autonomia com os valores supremos da ordem jurídica: enquanto a inobservância das normas imperativas conduz a um déficit estrutural, o não atendimento aos valores fundamentais acarreta um déficit funcional do ato de autonomia.¹²

A autonomia privada se afasta, assim, de conotações arbitrárias e voluntaristas, e assume feição solidarista, a ser exercida em conformidade com o princípio da solidariedade social. Não se está diante, evidentemente, de processo de erosão da autonomia privada, mas de readequação de seus contornos em razão da alteração qualitativa promovida pelos princípios constitucionais.¹³

Os chamados limites à autonomia privada não são apenas externos, como outrora, mas também internos, expressão direta do ato e do seu significado constitucional, a alterar substancialmente seu próprio conteúdo.¹⁴ A coercibilidade das normas elaboradas pelos contratantes para reger suas condutas deixa de depender de forma exclusiva do acordo de vontades e passa a se subordinar à sua conformidade às condições e aos limites em virtude dos quais este poder criador é concedido, e que decorrem diretamente da Constituição.

No Brasil, o processo de redefinição da autonomia privada está indissolúvelmente ligado aos novos princípios contratuais, a saber, boa-fé objetiva, função social e equilíbrio, que se somam – e redefinem – aos clássicos princípios da liberdade, relatividade e obrigatoriedade. Tradicionalmente considerados quase que exclusivamente em sua função informadora e ordenadora, cuja aplicação era sempre subsidiária, condicionada à existência de uma lacuna das regras específicas, aos princípios passou-se a reconhecer força normativa: as normas encerrariam o gênero dentro do qual seriam

9. Usa-se a expressão “merecimento de tutela” para se referir à análise funcional do ato, sem ignorar, todavia, a possível distinção entre abuso do direito e juízo de merecimento de tutela: o primeiro se liga a juízo negativo, à violação da função atribuída pela ordem jurídica ao ato, enquanto o segundo encerra juízo positivo, voltado a verificar a promoção de funções juridicamente relevantes.

10. Sobre bons costumes, veja-se CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. *Bons costumes no direito civil brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2017.

11. PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2005. p. 425.

12. Sobre a distinção, ver, por todos, TEPEDINO, Gustavo. *Notas sobre a função social do contrato*. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. t. 3. p. 145-155.

13. Sobre o tema, confira-se TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Autonomia contratual: da estrutura à função*. *Arquivo Jurídico*, Teresina-PI, v. 2, n. 2, p. 85-102, jul./dez. 2015.

14. CRISCUOLO, Fabrizio. *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2008. p. 189-190.

espécies não apenas as regras, mas também os princípios.¹⁵ Essas estruturas normativas demandam procedimento próprio para a solução dos casos em que existam princípios concorrentes, a oferecerem soluções diversas para o caso concreto, de modo a impor ao intérprete papel de maior protagonismo na construção da solução correta: poder maior de “concreção”, na expressão de Engisch.¹⁶

Nesse contexto, as escolhas feitas pelo intérprete devem ser assumidas expressamente, não para libertá-lo do direito institucionalizado, mas exatamente para permitir o debate argumentativo acerca da sua adequação ao ordenamento: trata-se da responsabilidade do intérprete.¹⁷ Por meio da fundamentação se verificam os argumentos que levaram o intérprete a escolher, é nela que se encontram os parâmetros para compreender a decisão. A fundamentação permite verificar se os elementos extrajurídicos foram absorvidos com base em elementos normativos, se os valores referidos são sociais e culturais e não pessoais: viabiliza-se, em última instância, o controle final sobre os argumentos adotados.¹⁸ Isto significa que a derrubada do limite externo, formal, que restringia o intérprete – o dogma da subsunção – não importa a consagração do arbítrio, mas sim a imposição de limite interno, metodológico: a exigência de fundamentação das decisões judiciais.¹⁹

No ordenamento brasileiro, isso se projetou no texto constitucional de 1988 como a garantia constitucional de fundamentação, nos termos do art. 93, IX, que determina que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]”. Essa norma constitucional – como não poderia deixar de ser – não é mera formalidade judiciária, mas norma que se torna pilar central dessa nova metodologia de interpretação e aplicação do Direito. Em concretização desse mandamento, o CPC/2015 destaca que não se considera fundamentada decisão judicial que “empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso”, de modo a evitar que o magistrado resolva o conflito principiológico exclusivamente a partir de sua consciência, servindo a invocação do princípio apenas para referendá-lo, sem explicitar o passo a passo da sua decisão.²⁰

15. Sobre a mudança da concepção de princípio, v. BONAVIDES, Paulo, *Curso de direito constitucional*. São Paulo, Malheiros, 2000, p. 232-238. Para um enfoque desta transformação histórica no âmbito do direito civil, v. TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. Temas de direito civil*, 3 ed, Rio de Janeiro, Renovar, 2004, p. 1-22.

16. ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*, 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, *passim*.

17. PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 96.

18. GUASTINI, Riccardo. *L'interpretazione dei documenti normativi*. Milano: Giuffrè, 2004, p. 113.

19. KONDER, Carlos Nelson. Distinções hermenêuticas da constitucionalização do direito civil: o intérprete na doutrina de Pietro Perlingieri. *Revista da Faculdade de Direito (UFPR)*, v. 60, 2015, p. 209. Confira-se, ainda, TERRA, Aline de Miranda Valverde. A discricionariedade judicial na metodologia civil-constitucional. *Revista da Faculdade de Direito (UFPR)*, v. 60, p. 367-382, 2015.

20. THEODORO JR., Humberto et alli. *Novo CPC – fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 967.

Apesar dos avanços na identificação do conteúdo de cada um desses novos princípios e da forma pela qual cada qual remodela a autonomia privada, observam-se, ainda, diversas dificuldades em sua aplicação. Por essa razão, este artigo se propõe a analisar os resultados de projeto de pesquisa desenvolvido ao longo de três anos no âmbito do Programa de Pós-graduação em Direito da UERJ, em que foi coletada, catalogada e analisada a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, a fim de verificar como vêm sendo aplicados referidos princípios, com o escopo de analisar se há convergência, ou não, entre doutrina e jurisprudência nessa seara. É o que se passa a fazer a seguir.

1. BOA-FÉ OBJETIVA

Conquanto não seja possível – como adverte a doutrina – apresentar definição “apriorista e bem-acabada” do que seja a boa-fé objetiva, esse é o tipo de conceito que “parece mais interessar por sua função que por sua definição”.²¹ De fato, chega-se ao seu conteúdo pela análise das funções que exerce esse verdadeiro “*standard comportamental*”, que é aplicado a situações completamente heterogêneas e nos mais diversos campos do Direito.

A expressão “boa-fé” apresenta múltiplas significações²² e é semanticamente vaga e aberta – por isso mesmo, carece de concretização, tarefa essa que é sempre, e necessariamente, contextual. Como alerta Judith Martins-Costa, “o conteúdo específico da boa-fé, em cada caso, está indissoluvelmente ligado às circunstâncias, aos ‘fatores vitais’ determinantes do contexto da sua aplicação”.²³ No Direito brasileiro, ao contrário dos outros princípios que foram objeto da pesquisa, há farta bibliografia sobre a boa-fé objetiva e suas funções são bem definidas, apesar de sua vagueza semântica.²⁴

21. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*, São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 40-44.

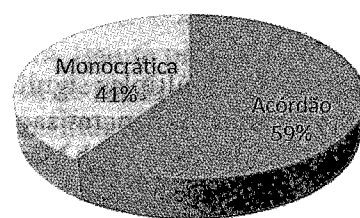
22. Nesse sentido: “A boa fé possui múltiplas significações dentro do Direito. Refere-se, por vezes, a um estado subjetivo decorrente do conhecimento de certas circunstâncias, em outras, diz respeito à aquisição de determinados direitos, como o de perceber frutos. Seria fastidioso enumerar as diferentes formas de operar desse princípio nos diversos setores do Direito. Com relação ao das obrigações, manifesta-se como máxima objetiva que determina aumento de deveres, além daqueles que a convenção explicitamente constitui. Endereça-se a todos os partícipes do vínculo e pode, inclusive, criar deveres para o credor, o qual, tradicionalmente, era apenas considerado titular de direitos” (SILVA, Clovis Veríssimo do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 29).

23. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*, cit., p. 40-44.

24. São exemplos de trabalhos específicos: AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. *Revista de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 14, abr.-jun./1995; AMARAL, Francisco. A boa-fé no processo romano. *Revista de Direito civil, imobiliário, agrário e empresarial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 78, out.-dez./1996; AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Insuficiências, Deficiências e Desatualização do Projeto de Código Civil (atualmente, Código aprovado) na questão da boa-fé objetiva nos contratos. In *Estudos e Pareceres de Direito Privado*, São Paulo: Saraiva, 2004; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança: elementos formadores do princípio da confiança e seus efeitos. *Revista de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 3, n. 12, out.-dez./2002; CARPENA, Heloisa. Boa-fé como limite ao exercício da liberdade de contratar. In

Em razão da frequência com que é invocada, a pesquisa a respeito do princípio da boa-fé objetiva se limitou aos julgados da 1ª à 22ª Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, resultantes da busca pela expressão “boa-fé” no ano de 2015. Essa restrição, em comparação com o espaço amostral da pesquisa referente aos demais princípios, foi necessária por alguns motivos. Em primeiro lugar, por se tratar do primeiro módulo do projeto de pesquisa, verdadeiro piloto, e, portanto, ainda enfrentando as principais dificuldades técnicas. Em segundo lugar, por sabidamente ser a boa-fé o princípio com maior incidência na jurisprudência. Em terceiro lugar, pelo fato de a expressão “boa-fé” abranger tanto o princípio da boa-fé objetiva como o estado de boa-fé subjetiva. Optou-se, assim, por restringir a pesquisa a um único ano e apenas às câmaras cíveis não especializadas, isto é, excluídas aquelas cuja competência foi, durante aquele período, restrita às relações de consumo. Ainda assim, foram obtidos 1472 julgados no total, compostos de 347 acórdãos e 308 decisões monocráticas.

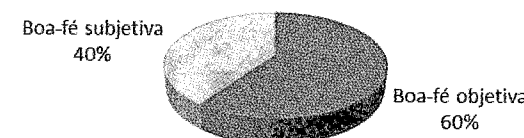
Tipo de decisão



Dessas decisões, entretanto, somente 786 efetivamente se referiam ao princípio da boa-fé objetiva, sendo 530 referente ao estado de boa-fé subjetiva. Não é novidade que a noção de boa-fé é ambivalente, comportando tanto a boa-fé subjetiva²⁵, como a

boa-fé objetiva, que é a chamada boa-fé contratual que “impõe um padrão de conduta a ambos os contratantes no sentido da recíproca cooperação, com consideração aos interesses comuns, em vista de se alcançar o efeito prático que justifica a própria existência do contrato”.²⁶ Das decisões analisadas, 60% tratavam da boa-fé objetiva, que era o cerne da pesquisa.

Tipo de boa-fé



Com relação ao campo do direito em que o princípio foi invocado nos 786 resultados, predominaram os contratos imobiliários ou envolvendo outros direitos reais de modo geral (207), além dos casos específicos de condomínio (19), contratos administrativos (127), contratos bancários (89), relações processuais (77), contratos de locação (54), direitos previdenciários (42), contratos de seguro (41), contratos empresariais (35), prestação de serviços advocatícios (12), relações regidas por direito de família (14) e direito tributário (6).

Não obstante a competência exclusiva das câmaras especializadas, diversos processos envolvendo direito do consumidor, por conta de prevenção, ainda foram julgados pelas câmaras indicadas no período examinado, com menção à boa-fé em 82 deles, além de 79 referentes especificamente a planos de saúde. Como alerta Gustavo Tepedino, é evidente que, em se tratando de relação de consumo, “os *standards* de comportamento esperado das partes em cada um dos cenários em cotejo mostram-se

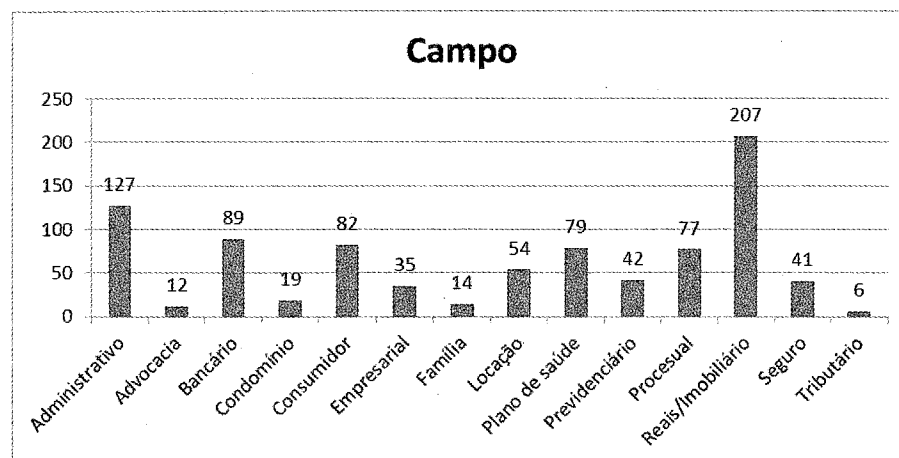
Abuso do direito nos contratos de consumo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001; FRAZÃO, Ana de Oliveira. Breve panorama da jurisprudência brasileira a respeito da boa-fé objetiva no seu desdobramento da supressão. *Revista de direito privado*. n. 44, São Paulo: Revista dos Tribunais, out.-dez./2010; MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*, cit.; NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998; OLIVA, Milena Donato Oliva e RENTERÍA, Pablo. Tutela do consumidor na perspectiva civil-constitucional – A cláusula geral da boa-fé objetiva nas situações jurídicas obrigacionais e reais e os enunciados 32 e 308 da súmula da jurisprudência predominante do Superior Tribunal Superior. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 101/2015, p. 103-136, set.-out./2015; REALE, Miguel; e REALE JR., Miguel. Função social e boa-fé na valoração dos contratos. In *Questões atuais de direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000; TEPEDINO, Gustavo; e SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil. In *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005. TEPEDINO, Gustavo. Pactos entre acionistas e deliberações assembleares à luz do princípio da boa-fé objetiva. In *Soluções práticas de direito: pareceres*, v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

25. “A expressão boa-fé subjetiva indica um estado de fato, traduzindo a ideia naturalista da boa-fé, aquela que, por antinomia, é conotada à má-fé, razão pela qual essa acepção comumente é expressada como «agir de boa-fé», o contrário a «agir de má-fé». Diz-se subjetiva a boa-fé compreendida como estado psicológico, isto é: estado de consciência caracterizado pela ignorância de se estar a lesar direitos ou interesses alheios,

como na hipótese prevista pelo art. 686 do Código Civil; ou a convicção de estar agindo em bom direito, consoante, por exemplo, a previsão do art. 309, também do Código Civil, atinente à eficácia liberatória do pagamento; ou, ainda, o prolongamento da eficácia, perante terceiros, de certos atos de quem já deixara de ser mandatário (Código Civil, art. 686); ou a outras situações relativas à tutela da aparência tais como às eficácias do casamento putativo e demais situações de crença errônea, mas justificável, na aparência de certo ato ou status (vg., herdeiro aparente). Nesses casos, protege-se a crença legítima na juridicidade de certos estados, fatos, atos ou comportamentos, como quando se assegura — em outro exemplo — a posse, se ignorava o possuidor obstáculo que impede a aquisição da coisa (Código Civil, art. 1.201)” (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*, cit., p. 261-263).

26. TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código civil interpretado conforme a Constituição da República*, v. II. 2ª ed., Renovar, 2012, p. 16-17. No mesmo sentido: “Agir de boa-fé significa comportar-se como homem correto na execução da obrigação. Não é fácil caracterizar o comportamento. Ao se prescrever que as partes de uma relação obrigacional oriundas de contrato precisam proceder de boa-fé, quer dizer que lhes cumpre observar comportamento decente, que corresponda à legítima expectativa do outro contratante. O devedor há de se ajustar sua conduta ao tipo abstrato presumido pela lei à base dos ‘princípios da correção individual’ que se refletem amplamente na consciência comum” (GOMES, Orlando. *Obrigações*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 89-90).

inteiramente distintos²⁷, mas isso não significa que, nas relações paritárias, as partes não tenham o dever de se comportar de acordo com a boa-fé objetiva.

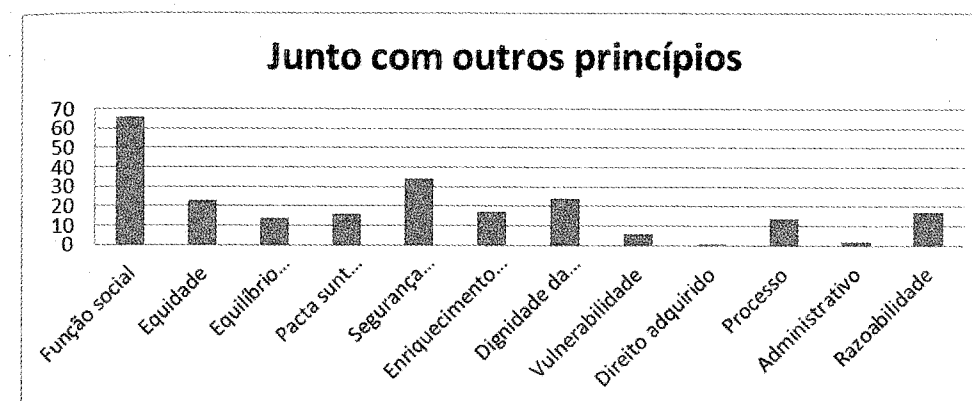


Com o objetivo de verificar a força autônoma do princípio na decisão, os julgados foram avaliados no sentido de identificar seu papel na argumentação decisória. Assim, as decisões foram separadas conforme a boa-fé tenha servido no caso para efetivamente decidir o julgado – “adequada” (388) – ou tenha servido somente para reforçar solução que já se obteria por meio de instituto jurídico específico aplicado ao caso concreto (dispositivo legal, cláusula contratual etc.), sendo invocada apenas de forma retórica.

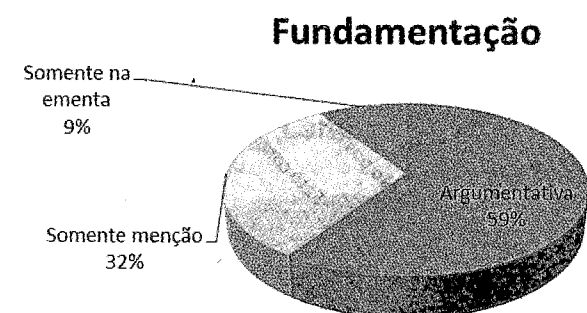


Quando os julgados invocavam outro princípio – ou outros princípios – junto com o da boa-fé, tentou-se identificar quais princípios apareciam com mais frequência. Os resultados foram os seguintes: Função social do contrato (66); Segurança jurídica (34); Dignidade da pessoa humana (24); Equidade (23); Enriquecimento sem causa (17); Razoabilidade (17); *Pacta sunt servanda* (16); Equilíbrio contratual (14); Princípios de direito processual (14); proteção à parte vulnerável (6); Princípios de direito administrativo (2); e direito adquirido (1).

27. TEPEDINO, Gustavo. Pactos entre acionistas e deliberações assembleares à luz do princípio da boa-fé objetiva. In *Soluções práticas de direito: pareceres*, v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 419-423.

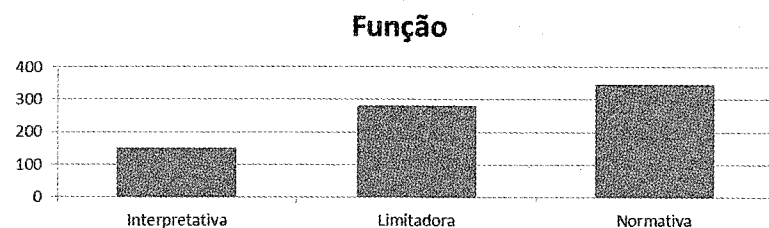


Ainda com o objetivo de verificar a força autônoma do princípio na fundamentação da decisão, novo juízo de valor foi levado a cabo no sentido de identificar como a incidência do princípio foi justificada à luz das circunstâncias do caso concreto. Assim, as decisões foram separadas conforme houvesse efetiva fundamentação argumentativa que explicasse sua ligação com a situação sob exame do julgado (576), decisões em que a expressão referente ao princípio da boa-fé aparecia na fundamentação, mas sem explicação minuciosa de sua relação com o caso concreto (306) e, ainda, decisões em que a referência ao princípio do equilíbrio aparecia na ementa, mas sequer constava da fundamentação (91).



Buscou-se identificar igualmente, à luz da teoria do triplice efeito da boa-fé, para qual(is) função(ões) ela foi invocada na solução do caso concreto. Para além de servir como (i) cânone hermenêutico interpretativo/integrativo (Código Civil, art. 113)²⁸, a boa-fé objetiva (ii) baliza o exercício de direitos (Código Civil, art. 187) e é também (iii) fonte importante de deveres de conduta no contrato (Código Civil, art. 422), sendo essas as suas três funções. Na pesquisa realizada, em 151 resultados foi identificada a função interpretativa, em 282 resultados a função limitadora do exercício de direitos e em 348 resultados a função normativa, criadora de deveres anexos.

28. Sobre a função interpretativa/integrativa da boa-fé, cf. TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código civil interpretado conforme a Constituição da República*, v. 2, cit., p. 17-18.



Enfim, reconhecendo que em alguns dos casos a incidência da boa-fé se deu concretizada por meio de uma das chamadas especializações funcionais ou figuras parcelares desenvolvidas pela doutrina para sua aplicação, buscou-se indicar quais dessas figuras foram invocadas com mais frequência. Embora a grande maioria dos resultados não invocasse qualquer figura parcelar (528), nos demais foram encontradas menções às seguintes especializações: *Venire contra factum proprium* (74), algum dos deveres anexos (64), adimplemento substancial (10), *supressio/ surrectio* (10), teoria da aparência (11), *duty to mitigate the loss* (6), *tu quoque* (2), violação positiva do contrato (1), teoria do fato consumado (1) e teoria dos atos próprios (1).



Encerrada essa primeira fase de pesquisa, o grupo passou, então, a se voltar para o princípio da função social do contrato, cujas funções não são tão claramente definidas, como se verá a seguir.

2. Função social do contrato

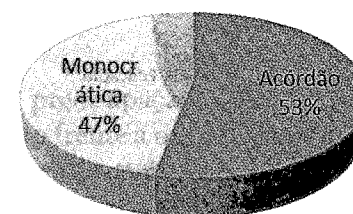
A função social do contrato ganhou notoriedade com o Código Civil de 2002,²⁹ cujo art. 421 passou a determinar que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Desde então se consagrou como um dos princípios “novos” ou “sociais” do direito contratual.³⁰ Passados mais de dez anos

29. Ressalve-se, entre os poucos estudos anteriores, HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A função social do contrato. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, n. 45. São Paulo, jul./set. 1988, p. 141-152.

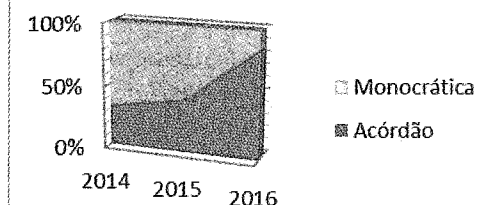
30. Entre todos, v. AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – Função social do

dessa consagração, ainda é controverso seu alcance, razão pela qual foi o segundo princípio cuja utilização jurisprudencial foi objeto de análise. Em pesquisa do termo “função social do contrato” no sítio do TJRJ foram encontrados 209 julgados no ano de 2014, 240 julgados no ano de 2015 e 206 julgados no ano de 2016, totalizando 655 resultados durante esses três anos. Esses 655 julgados se compunham no total de 347 acórdãos e 308 decisões monocráticas. Vale observar que, ao longo dos anos, ocorreu o predomínio de acórdãos, com a redução do expediente do julgamento monocrático com base no artigo 557 do Código de Processo Civil anterior: os acórdãos citando a função social do contrato cresceram de 68 (2014), 102 (2015) até 177 (2016), enquanto as decisões monocráticas caíram de 141 (2014), 138 (2015) até 29 (2016).

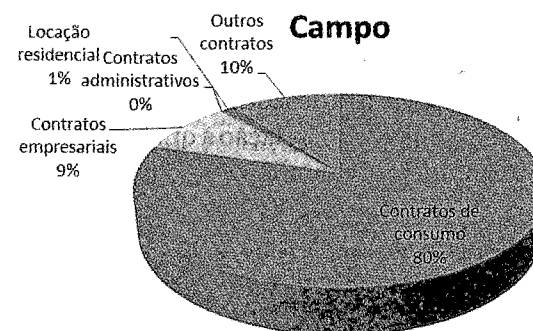
Tipo de decisão



Tipo de decisão



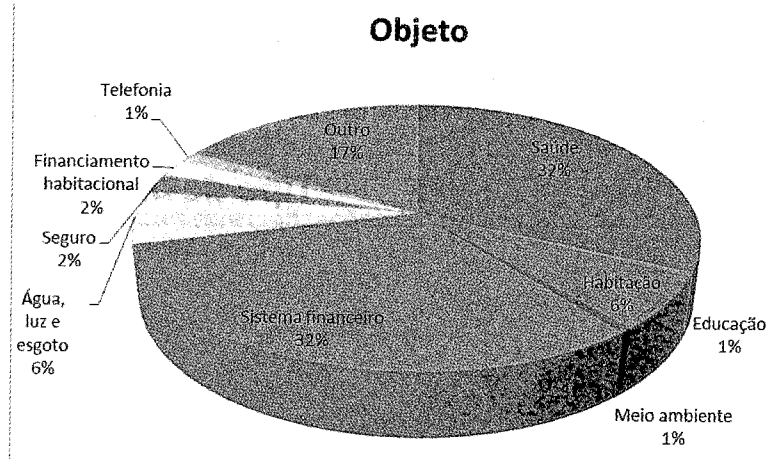
Com relação ao campo do direito em que o princípio foi invocado, predominaram os contratos de consumo de modo geral (521), seguidos pelos contratos empresariais (58), contratos administrativos (2), locações residenciais (7) e outros contratos (67).



Mais especificamente com relação ao objeto do contrato, observou-se a distribuição entre contratos referentes à saúde (201), educação (3), habitação (41), meio ambiente (4), sistema financeiro (203), água, luz e esgoto (41), seguro (15), financiamento habitacional (13), telefonia (9) e outros (106). Vale observar que, na

contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual. *Revista dos tribunais*, n. 750. São Paulo, abr. 1998, p. 113-120. Sobre sua caracterização como princípio, KONDER, Carlos Nelson. Para além da ‘principalização’ da função social do contrato. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 13, p. 39-59, 2017.

passagem do tempo, notou-se ligeiro aumento da função social invocada nos contratos referentes ao sistema financeiro (50, 71 e 82) e à habitação (11, 12 e 18), e ligeira redução nos contratos relativos à saúde (74, 70 e 57) e telefonia (7, 2 e 0). Não sendo números significativos, se mantiveram estáveis as invocações nos contratos sobre educação (1, 2 e 0), meio ambiente (0, 4 e 0), água, luz e esgoto (13, 14 e 14), seguro (6, 6 e 3), financiamento habitacional (7, 2 e 4), e outros (31, 49 e 26).



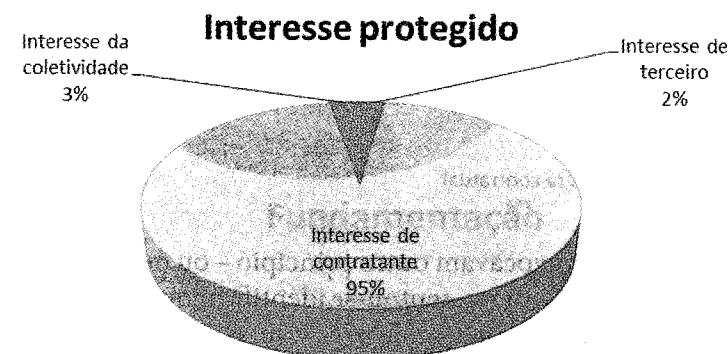
Delimitados os dados objetivos a respeito do espaço amostral, a pesquisa se voltou para a avaliação desses dados, sob perspectiva que dependia de análise mais crítica e valorativa das decisões – e, portanto, mais subjetiva. Tomou-se como ponto de partida a divergência doutrinária sobre o que é e para que serve a função social do contrato.³¹ Nesse sentido, é amplamente difundida em doutrina a separação entre eficácia interna ou normatividade endógena da função social do contrato, que serviria a proteger interesses das partes (contra desequilíbrios e abusividades, por exemplo)³² e sua eficácia externa ou exógena,³³ com relação à qual alguns autores reputam servir a tutelar interesses de terceiros individualizados (como no tocante à tutela externa

31. Para abordagens mais recentes – posteriores ao início da elaboração da pesquisa – que estabelecem uma visão sistemática das distintas correntes sobre a função social do contrato, v. SILVESTRE, Gilberto Fachetti. *A responsabilidade civil pela violação à função social do contrato*. São Paulo: Almedina, 2018; BELLOIR, Arnaud Marie Pie; POSSIGNOLO, André Trapani Costa. Ensaio de classificação das teorias sobre a função social do contrato. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, vol. 11, p. 37-56, jan./mar. 2017; TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Uma década de aplicação da função social do contrato: análise da doutrina e da jurisprudência brasileira. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, v. fe 2014, n. 940, p. 49-85, 2014; HADDAD, Luis Gustavo. *Função social do contrato: um ensaio sobre seus usos e sentidos*. São Paulo: Saraiva, 2013.

32. Entre tantos, v. TARTUCE, Flávio. *Função social dos contratos*. São Paulo: Método, 2007, p. 270 e ss.; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da e PEREIRA, Daniel Queiroz. Função social no direito privado e constituição. In GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (coord.). *Função social no direito civil*, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 79-80; ROSENVALD, Nelson. A função social do contrato. In TARTUCE, Flávio; HIRONAKA, Giselda (org.). *Direito contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2008, p. 81-111.

33. GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 110 e 131; NALIN, Paulo. A função social do contrato no futuro Código Civil brasileiro. *Revista de direito privado* n. 12. São Paulo, out./dez. 2002, p. 56.

do crédito)³⁴ e outros interesses da coletividade,³⁵ atuando como limite interno da liberdade de contratar³⁶. No material examinado, predominou significativamente a invocação da função social do contrato para a proteção de interesse de parte contratante (621), seguido pelo interesse da coletividade (18) e interesse de terceiro (14).



A preocupação doutrinária³⁷ com relação à autonomia da função social do contrato frente a outros institutos, especialmente se reputada um meio de tutela de interesses das partes, foi também objeto de análise: investigou-se se a função social era invocada como fundamento autônomo para a decisão – ela, por si só, servia de argumento para a decisão naquele sentido (57) –, ou se era invocada para reforçar outro argumento que, mesmo sem o princípio, bastava para se decidir daquela forma: certa regra legal específica para aquele caso (361), regra prevista no próprio contrato (48) ou outro princípio de direito (187).

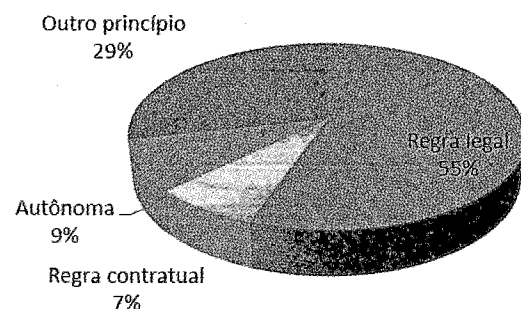
34. NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 223-224, e, também nesta linha, SILVA, Luis Renato Ferreira da. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003, p. 138.

35. TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos. In TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson (coord.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 402.

36. MARTINS-COSTA, Judith. Notas sobre o princípio da função social dos contratos. *Revista Literária de Direito*, ano X, n.53, ago.-set. 2004, p. 17-21; LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios sociais dos contratos no código de defesa do consumidor e no novo código civil. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 42. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril/junho, 2002. Em sentido contrário, v. TIMM, Luciano Benetti. Direito, economia e a função social do contrato: em busca dos verdadeiros interesses coletivos protegíveis no mercado do crédito. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais: RDB*, v. 9, n. 33, p. 15-31, jul./set. 2006; e SZTAJN, Rachel. Propriedade e contrato: função social. *Revista de Direito Empresarial*. São Paulo. v.3. n.9. p. 453-459. maio/jun. 2015.

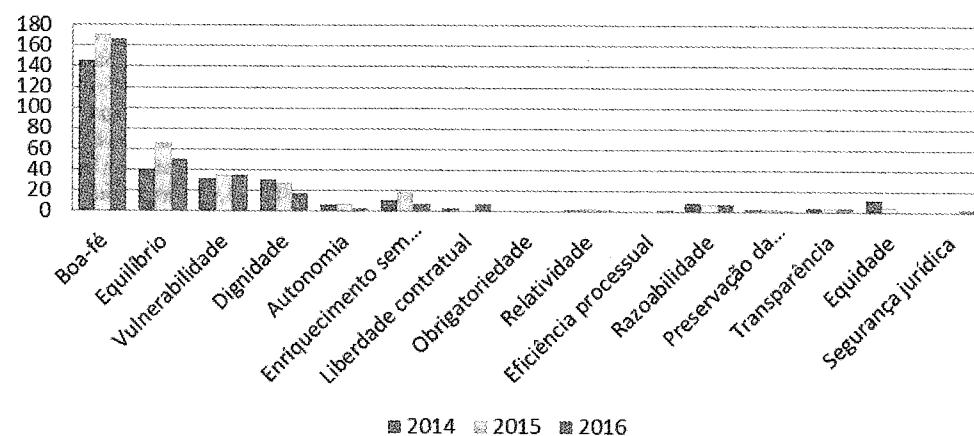
37. Expressa, por exemplo, por RENTERÍA, Pablo. Considerações acerca do atual debate sobre o princípio da função social do contrato. In MORAES, M. C. B. de. *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 287-288; SILVA, Luis Renato Ferreira da. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003, p. 127-150; SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil. In Ingo Wolfgang Sarlet (org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003, p. 99-126;

Autonomia



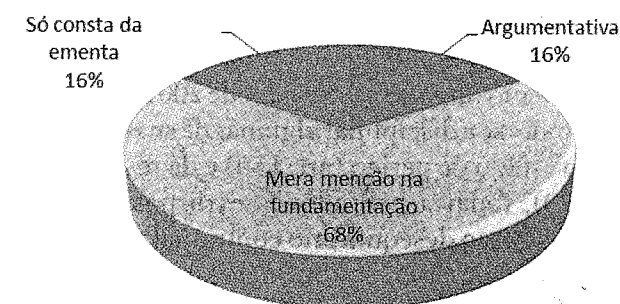
Quando os julgados invocavam outro princípio – ou outros princípios – junto com o da função social do contrato, tentou-se identificar quais princípios apareciam com mais frequência. Os resultados foram os seguintes; Boa-fé (482); Equilíbrio contratual (157); proteção à parte vulnerável (102); Dignidade da pessoa humana (75); Autonomia privada (17); Enriquecimento sem causa (38); Liberdade de contratar (11); Obrigatoriedade dos pactos (3); Relatividade dos efeitos do contrato (7); Eficiência processual (2); Razoabilidade (24); Preservação da empresa (8); Transparência (12); Equidade (18); e Segurança jurídica (5). Novamente, a oscilação dos resultados ao longo dos anos é pouco significativa: Boa-fé (145, 171 e 166); Equilíbrio contratual (41, 66 e 50); proteção à parte vulnerável (32, 35 e 35); Dignidade da pessoa humana (31, 27 e 17); Autonomia privada (6, 8 e 3); Enriquecimento sem causa (11, 19 e 8); Liberdade de contratar (3, 1 e 7); Obrigatoriedade dos pactos (1 em cada ano); Relatividade dos efeitos do contrato (2, 3 e 2); Eficiência processual (2 somente em 2016); Razoabilidade (9, 7 e 8); Preservação da empresa (3, 3 e 2); Transparência (4 em cada ano); Equidade (12, 5 e 1); e Segurança jurídica (1, 1 e 3).

Junto com outro princípio



Ainda com o escopo de verificar a força autônoma do princípio na fundamentação da decisão, novo juízo de valor foi implementado no sentido de identificar como a incidência do princípio foi justificada à luz das circunstâncias do caso concreto. Assim, separaram-se as decisões conforme houvesse efetiva fundamentação argumentativa que explicasse sua ligação com a situação sob exame do julgado (104); decisões em que a expressão referente à função social do contrato aparecia na fundamentação, mas sem explicação minuciosa de sua relação com o caso concreto (447); e, ainda, decisões em que a referência à função social surgia na ementa, mas sequer constava da fundamentação (102).

Fundamentação



3. Princípio do equilíbrio

A compor a trilogia dos novos princípios contratuais, o princípio do equilíbrio é, certamente, o que oferece maior dificuldade dogmática.

Tradicionalmente, sempre se entendeu que o equilíbrio contratual era aquele combinado entre as partes.³⁸ Analisava-se a justiça do contrato sob aspecto meramente procedimental: bastava que a avença fosse fruto de consenso livre, suficientemente ponderado e adequadamente informado, para ser considerada justa.³⁹ Nos dias atuais,

38. Exemplo desta orientação é a seguinte explanação de João Baptista Vilela: "Continuando, pode-se cravar mais fundo o punhal da razão interrogativa: por que não haveria o que censurar, quando é certo estar repousando o contrato do exemplo sobre uma enorme disparidade entre as prestações? Pela simples razão de que não é a aritmética que define o estatuto jurídico do contrato, senão a vontade mesma dos contratantes. Por que transparentes motivos ou obscuras razões quiseram contratar nas condições indicadas, é matéria de sua livre determinação. Fizeram-no interpretando as respectivas conveniências ou até – por que não? – cedendo a um capricho de suas mentes. Em regime político de liberdade contratual só às mesmas partes cabe fazer (e a si mesmas) essas perguntas. O Estado não tem porque intervir, sob pena de estar invadindo um domínio que não é o seu. Se é assim, deve-se concluir que o equilíbrio econômico-financeiro seria um conceito inútil, quem sabe mesmo prejudicial? De modo algum. O que se tem de compreender é que o senhor do conceito são as partes" (VILLELA, João Baptista. *Equilíbrio do contrato: os números e a vontade*. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Coleção doutrinas essenciais: obrigações e contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 3. p. 780).

39. Ainda nesse sentido, afirmando que a autonomia privada se sujeita apenas a controle de licitude e aquele de ordem procedimental, confira, na doutrina italiana, MOSCATI, Enrico. *Autonomia privada e giustizia*

todavia, passa-se a questionar referida concepção, exurgindo entendimento segundo o qual a concreta aferição do equilíbrio requer o balanceamento entre dois princípios constitucionais igualmente relevantes: a livre-iniciativa, fundamento constitucional da autonomia contratual, e a solidariedade social.

Nesse sentido, embora se reconheça que o consenso informado seja instrumento de realização do equilíbrio, a constituir “valor meio” e não “valor fim”,⁴⁰ passa-se a sustentar que a aferição do equilíbrio deve se desprender da origem voluntarista do negócio, de modo que a justiça do contrato emane não do acordo de vontades que lhe dá origem, mas do merecimento de tutela do concreto regulamento. Nessa esteira, “a justiça contratual deixa de ser avaliada com base na vontade arbitrária, no subjetivismo dos contratantes, e passa a depender da avaliação concreta do seu interesse a partir da específica disciplina contratual”.⁴¹

O princípio do equilíbrio econômico do contrato, também designado equilíbrio material, recebeu tratamento tímido do legislador de 2002, que deixou de mencioná-lo expressamente, limitando-se a disciplinar algumas de suas manifestações, a exemplo da lesão (art. 157), do estado de perigo (art. 156) e da resolução por excessiva onerosidade (arts. 478-480). Todavia, em todos esses dispositivos, o legislador cedeu à ótica voluntarista e acostou ao desequilíbrio contratual requisitos ligados à vontade dos contratantes, como “inexperiência” ou “necessidade”, ou então circunstâncias “extraordinárias” que não podiam ser previstas pelas partes quando da celebração do contrato, a dificultar a configuração do desequilíbrio de forma objetiva.

Talvez por essa razão, doutrina e jurisprudência tenham relegado, por tanto tempo, o princípio do equilíbrio a uma espécie de princípio de segunda categoria, não lhe reconhecendo aplicação autônoma, independente das expressas previsões legais e de seus requisitos subjetivos. O reconhecimento de um verdadeiro princípio do equilíbrio econômico do contrato requer, segundo se afirma, sua aplicação desvinculada de requisitos subjetivos, bem como das expressas positizações feitas pelo legislador de 2002.⁴² Fato é, contudo, que o grande embate doutrinário acerca da existência, ou não, de um princípio do equilíbrio pouco se reflete na jurisprudência do TJRJ, que em poucas oportunidades o aplica de forma autônoma, como se verá adiante.

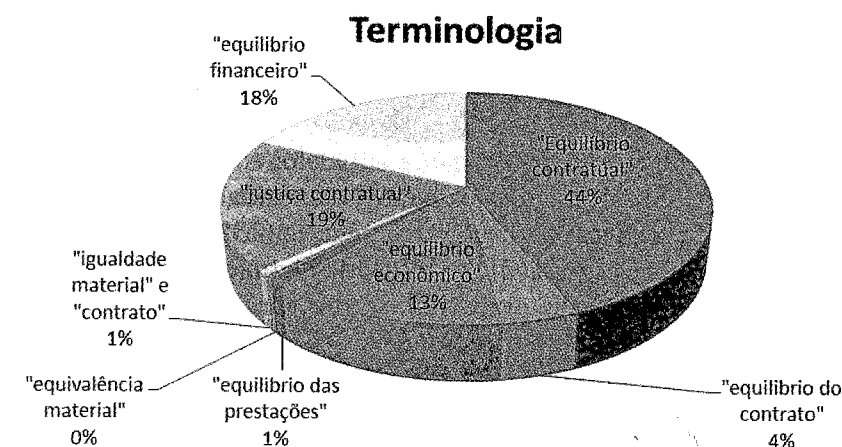
contrattuale (note minime sul controllo del contenuto del contratto e della congruità dei termini dello scambio). In: *Studi in onore di Giovanni Jacobbe*. Milano: Giuffrè, 2010. t. 2. p. 1204.

40. A observação é de Enrico Minervini. De acordo com o autor, “verdadeira é a afirmação costumeira de que transparência e reequilíbrio não podem ser identificados, pois transparência não visa uma tutela substancial dos interesses em jogo, mas sim à individualização das regras do jogo e, portanto, a apontar como deve ser um comportamento correto no mercado. Contudo, não há dúvida de que o nexo de instrumentalidade entre transparência do contrato e equilíbrio normativo e econômico das posições contratuais é particularmente relevante” (MINERVINI, Enrico. *Trasparenza ed equilibrio delle condizioni contrattuali nel testo unico bancario*. In: FERRONI, Lanfranco (Coord.). *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002. p. 18; tradução livre).

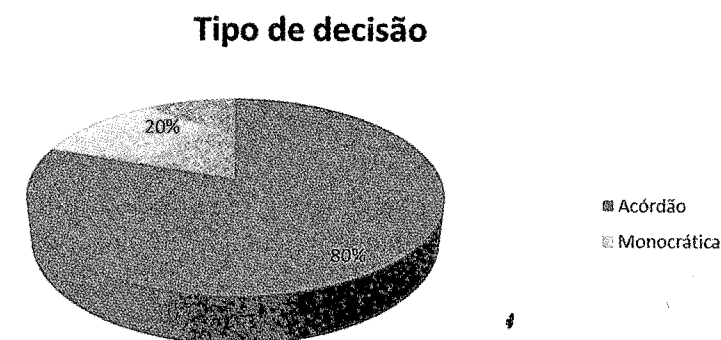
41. TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 27.

42. Sobre o tema, confira-se SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

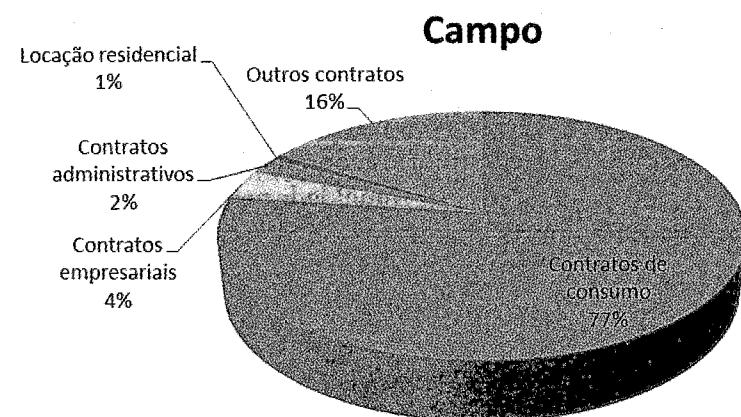
A primeira dificuldade metodológica enfrentada para a realização da pesquisa se refere à terminologia utilizada para a identificação do princípio. Para garantir maior abrangência dos julgados analisados, foram pesquisadas, nos anos de 2015 a 2017 as seguintes expressões, com seus respectivos resultados: “Equilíbrio contratual” (425), “Equilíbrio do contrato” (41), “Equilíbrio econômico” (129), “Equilíbrio das prestações” (10), “Equivalência material” (4), “Igualdade material” e “contrato” (7), “Justiça contratual” (179) e “Equilíbrio financeiro” (176), totalizando 971 julgados.



Esses 971 julgados se dividiam entre acórdãos (778) e decisões monocráticas (193), observando-se maior prevalência dos julgados colegiados em comparação com os períodos anteriores objeto das pesquisas envolvendo os demais princípios.

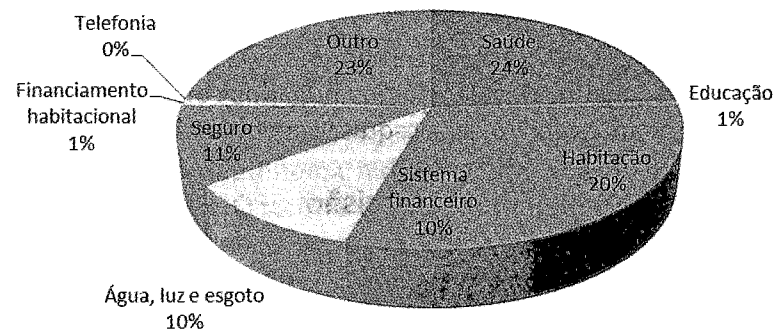


Com relação ao campo do direito em que o princípio foi invocado, predominaram os contratos de consumo de modo geral (748), seguidos pelos contratos empresariais (37), contratos administrativos (21), locações residenciais (7) e outros contratos (157). O fato de a esmagadora maioria das decisões versar sobre contratos de consumo em geral, em contraposição a poucos referentes a contratos empresariais, revela que a jurisprudência, assim como o faz também parte da doutrina, tende a confundir o princípio do equilíbrio com a tutela do hipossuficiente.

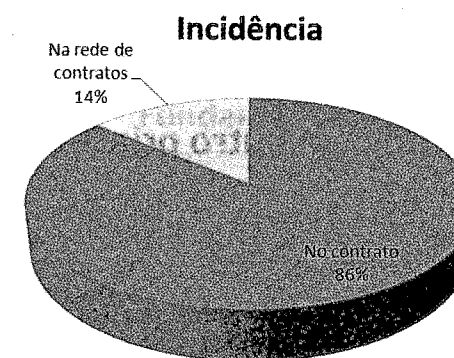


Mais especificamente com relação ao objeto do contrato, observou-se a distribuição entre contratos referentes à saúde (169), habitação (138), seguro (75), sistema financeiro (71), água, luz e esgoto (71), educação (5), financiamento habitacional (5), telefonia (3) e outros (165).

Objeto do contrato

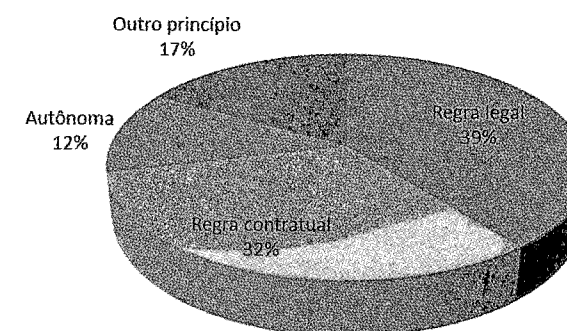


No curso da pesquisa observou-se que a referência ao equilíbrio assumia dois significados distintos. O primeiro, mais tradicional, referia-se ao equilíbrio no âmbito do contrato singularizado, envolvendo a comparação entre a posição das duas partes. O segundo, referente a contratos realizados em massa, de forma padronizada, nos quais se constituía verdadeiro sistema contratual, como ocorre nos planos de saúde e demais seguros, nas franquias e nas distribuições, em que o equilíbrio se refere à totalidade atuarial da rede. Assim, enquanto em 834 resultados a referência dirigia-se ao contrato singularizado, em 137 o equilíbrio era invocado voltando-se à rede como um todo.



Delimitados os dados objetivos a respeito do espaço amostral, a pesquisa se voltou para a avaliação dos dados coletados, sob perspectiva que dependia de análise mais crítica e valorativa das decisões – e, portanto, mais subjetiva. Assim, os participantes do grupo analisaram se o equilíbrio era invocado como fundamento autônomo para a decisão – ele, por si só, servia de argumento para a decisão naquele sentido (115), ou se ele era invocado para reforçar outro argumento que, mesmo sem o princípio, bastava para se decidir daquela forma; tais argumentos poderiam ser certa regra legal específica para o caso em apreço (376); regra prevista no próprio contrato (305); ou outro princípio de direito (162). Como se observa, apenas em 12% dos casos analisados o princípio do equilíbrio é invocado autonomamente, o que revela que a jurisprudência do TJRJ vai ao encontro da doutrina que rechaça sua aplicação sem que se faça presente algum outro instituto, positivado no Código Civil, que o concretize, o que acaba por negar a própria existência do princípio.

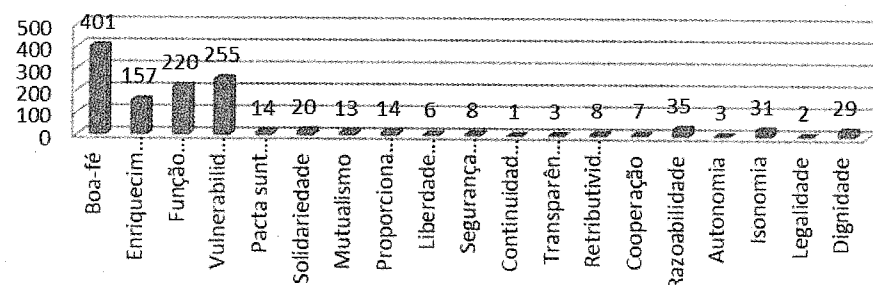
Autonomia



Quando os julgados invocavam outro princípio – ou outros princípios – junto com o do equilíbrio, tentou-se identificar quais princípios apareciam com mais frequência. Os resultados foram os seguintes; Boa-fé (401); Proteção à parte vulnerável (255); Função social do contrato (220); Enriquecimento sem causa (157); Razoabilidade (35); Isonomia (31); Dignidade da pessoa humana (29); Solidariedade (20); *Pacta sunt servanda* (14); Proporcionalidade (14); Mutualismo (13); Segurança

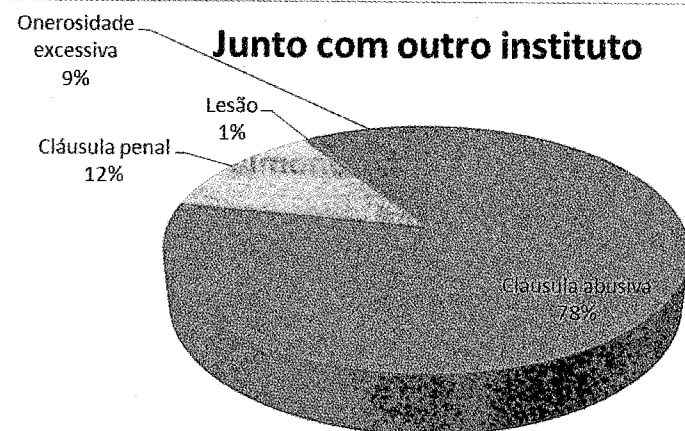
jurídica (8); Retributividade (8); Liberdade de contratar (6); Cooperação (7); Transparência (3); Autonomia (3), Legalidade (2) e Continuidade do serviço público (1).

Junto com outro princípio



Dentre os casos em que o princípio não foi invocado com autonomia, buscou-se ainda observar que instituto mais frequente se almejava reforçar. Identificou-se que, no mais das vezes, cuidava-se de hipóteses de cláusula abusiva cuja nulidade já se encontrava prevista no CDC (341); casos de limitação de valor ou redução equitativa da cláusula penal (55), situações de revisão ou resolução do contrato por onerosidade excessiva (38) ou de anulação ou revisão por lesão (3).

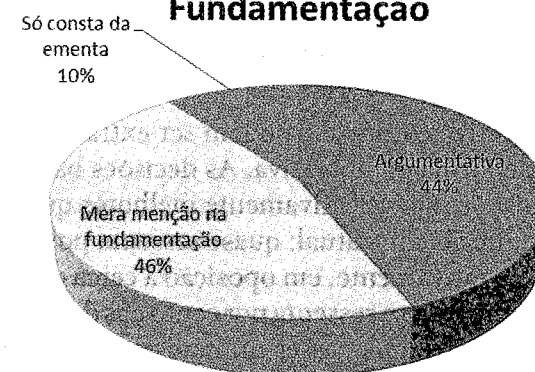
Junto com outro instituto



Ainda com o objetivo de verificar a força autônoma do princípio na fundamentação da decisão, novo juízo de valor foi levado a cabo no sentido de identificar como a incidência do princípio foi justificada à luz das circunstâncias do caso concreto. Assim, as decisões foram separadas conforme houvesse efetiva fundamentação argumentativa que explicasse sua ligação com a situação sob exame do julgado (420); decisões em que a expressão referente ao princípio do equilíbrio aparecia na fundamentação, mas sem explicação minuciosa de sua relação com o caso concreto (440) e, ainda, decisões em que a referência ao princípio do equilíbrio aparecia na ementa,

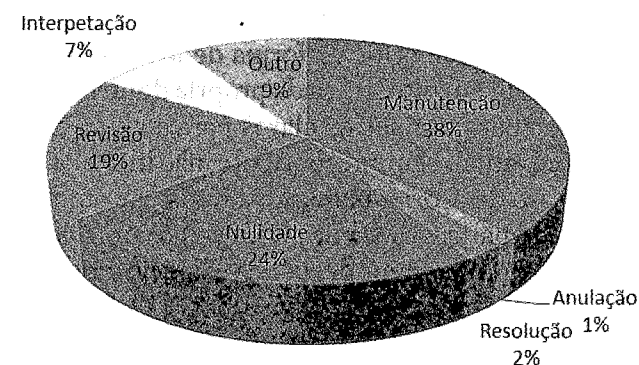
mas sequer constava da fundamentação (101). É de se notar, com efeito, que em mais da metade dos casos a evocação ao princípio do equilíbrio é meramente retórica.

Fundamentação



Enfim, a pesquisa pretendeu, ainda, identificar o objeto da própria decisão, ou seja, qual efeito foi cominado aos casos em que o princípio foi invocado. Na maioria dos julgados, o princípio serviu somente a garantir a manutenção da eficácia do contrato (361), mas foi também utilizado para determinar sua nulidade (224), sua revisão (181), sua interpretação (68), sua resolução (21), sua anulação (12) ou outros efeitos (90).

Objeto da decisão



Conclusão

O material colhido revela panorama ainda bastante preocupante no que tange às decisões que invocam os princípios de direito contratual. Entre as mais de duas mil e quinhentas decisões cuja fundamentação foi analisada, somente em cerca de quarenta por cento se entendeu haver fundamentação argumentativa que desenvolveu as razões para a aplicação do princípio naquele caso concreto, destacando-se que em mais de dez por cento delas o princípio foi mencionado na ementa sem aparecer na

fundamentação da decisão. Além disso, somente em cerca de um quarto das decisões se aplicou o princípio de forma autônoma, ou seja, como argumento independente para aquela decisão. Nas demais decisões, o princípio serviu apenas a corroborar a aplicação de regra legal ou contratual específica que já resolveria, por si só, o caso em análise, ou ainda foi invocado em conjunto com outros princípios, prejudicando a definição de suas identidades próprias.

Entretanto, perspectivas otimistas podem ser extraídas dos dados coletados quando examinados de forma comparativa. As decisões baseadas no princípio da boa-fé receberam avaliações significativamente melhores que aquelas envolvendo a função social e o equilíbrio contratual: quase sessenta por cento daquelas foram fundamentadas argumentativamente, em oposição a cerca de dez por cento destas. Da mesma forma, enquanto quase sessenta por cento das decisões invocaram o princípio da boa-fé de forma autônoma, esses números caíram para cerca de quarenta por cento quando se tratou de função social e quinze por cento quando se tratou de equilíbrio contratual.

A distinção pode ser tributada, ao menos em alguma medida, ao vasto desenvolvimento doutrinário que o princípio da boa-fé recebeu nos últimos anos, no sentido de desenvolver parâmetros mais claros acerca da sua aplicação, como pode ser exemplificado pela sua tripartição funcional, pela construção das chamadas figuras parcelares (*venire, tu quoque, supressio*, adimplemento substancial) e pelo desenvolvimento dos estudos acerca dos deveres anexos. A função social e, especialmente, o equilíbrio contratual, ainda carentes de maior aprofundamento, se ressentem da falta de critérios mais precisos para sua aplicação.

Nesse sentido, mais do que crítica à forma de utilização dos princípios pelo Judiciário, é necessário realizar autocrítica da própria doutrina, que deve se dedicar com mais afinco a conceber parâmetros claros para a aplicação adequada desses princípios de direito contratual. Cumpre, portanto, não limitar a leitura desses dados à depreciação do processo decisório, mas aproveitá-la para convidar os operadores do direito ao trabalho dogmático, capaz de permitir, no controle de merecimento de tutela, a conciliação entre imperativos de justiça e de segurança jurídica.

BOA-FÉ