

# A BOA-FÉ OBJETIVA E A FUNÇÃO SOCIAL APLICADAS PELOS TRIBUNAIS E O SEU ATIVISMO JUDICIAL NAS TOMADAS DE DECISÃO

Demétrio Beck da Silva Giannakos<sup>1</sup>

Resumo: Objetiva-se estudar de que forma o princípio da boa-fé objetiva e a função social do contrato são aplicados na prática pelos Tribunais e se, porventura, não extrapolam os limites do próprio contrato e da legislação em vigor. A ideia é verificar se, na matéria de direito contratual a problemática do ativismo judicial também ocorre de forma corriqueira como se apresenta em outras áreas do Direito. Para tanto, o estudo levará em consideração análise bibliográfica relevante para o conteúdo do artigo.

Palavras-Chave: Boa-fé objetiva; princípios; Crítica Hermenêutica do Direito; Ativismo Judicial; Processo Civil.

## OBJECTIVE GOOD FAITH AND SOCIAL FUNCTION APPLIED BY COURTS AND THEIR JUDICIAL ACTIVISM IN DECISION-MAKING

Abstract: The objective is to study how the principle of objective good faith and the social function of the contract are applied in practice by the Courts and if, perhaps, they do not exceed the limits of the contract itself and of the legislation in force. The idea is to verify if, in the matter of contract law, the problem of judicial activism also occurs in a common way as it is presented in other areas of law. For this purpose, the study will consider relevant bibliographic analysis for the content of the article.

---

<sup>1</sup> Advogado, especialista em Direito Internacional pela UFRGS, mestre e doutorando bolsista CAPES em Direito pela UNISINOS; Porto Alegre/RS.

Keywords: Objective good faith; Principles; Hermeneutic Criticism of Law; Judicial Activism; Civil Procedure

## A BOA-FÉ OBJETIVA, A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E A FORMA COMO SÃO UTILIZADAS PELOS TRIBUNAIS



onceituar contrato não é tarefa fácil. Vinícius Klein, já no início da sua obra, afirma o seguinte: “*O estudo de um conceito tão fundamental para a sociedade ocidental moderna quanto o de um contrato dificilmente será complexo e exaustivo, seja em termos de profundidade do estudo, seja em função da escolha de algum aspecto a ser analisado*”<sup>2</sup>.

Nas palavras de José Leyva Saavedra, a autonomia contratual é a possibilidade que as partes possuem de desenvolver suas próprias vontades, seus desejos, sua liberdade jurídica de contratar, no memento e na forma como desejarem, desde que de acordo com os limites do ordenamento jurídico<sup>3</sup>.

Em um sistema capitalista, que reconhece como seu ponto-chave o princípio da liberdade da iniciativa privada, os operadores econômicos (partes do contrato) são livres para dar aos seus contratos os conteúdos concretos que considerem mais desejáveis, bem como alterá-los posteriormente para readequá-los aos diferentes e, muitas vezes, imprevisíveis cenários econômicos e sociais que estejam vivenciando. O regulamento contratual resulta, assim, pela vontade concorde das partes, constituindo o ponto de confluência e de equilíbrio entre os interesses — normalmente contrapostos<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> KLEIN, Vinícius. *Os contratos empresariais de longo prazo: uma análise a partir da argumentação judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 33/34.

<sup>3</sup> SAAVEDRA, José Leyva. *Autonomía privada y contrato*. *Revista Oficial del Poder Judicial*. Año 4 – 5, n. 6 y n. 7, 2010-2011, p. 282/283.

<sup>4</sup> ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 128.

A grande distinção do contrato para qualquer outro fenômeno mecanizado é a existência de alto grau de liberdade por parte dos contratantes<sup>5</sup>. Nas palavras de Ian Macneil, “*Contract is the projection of exchange into the future, a projection emanating from a combining in a social matrix (...)*”<sup>6</sup>.

O autor, ainda, elenca dois aspectos em relação aos contratos que lhe chamam a atenção: 1) a natureza fragmentada de uma promessa; 2) a impossibilidade de uma comunicação completa entre os humanos. Essa ideia é em grande parte embasada pelo fato de que os humanos possuem sua atenção limitada, ou seja, são incapazes de prestarem atenção em tudo em qualquer situação de suas vidas<sup>7</sup>. Como consequência disso, as promessas feitas em um contrato, diante da incapacidade cognitiva do ser humano em captar todas as informações lançadas, acabam sendo negligenciadas no futuro. Nesta concepção, é pouco crível que contratos de longa duração nunca tenham que ser renegociados e/ou aditados.

Os contratos são usualmente incompletos. Por conta disso, as partes se valem dos costumes, bem como, às vezes, dos Tribunais, para garantir a verdadeira vontade das partes<sup>8</sup>.

No entanto, o grande cerne da questão é de que forma isto será feito. Se feito por um juiz, os limites impostos a ele são exatamente o objeto do presente estudo.

Para Luciano Benetti Timm e João Francisco Menegol Guarisse, “*O contrato é um fato social, tanto quanto o crime e as relações familiares (casamento, filiação). Sua existência é anterior ao direito, consistindo numa manifestação da*

---

<sup>5</sup> MACNEIL, Ian R. The many futures os contracts. *Southern California Law Review*. Vol. 47:691, 1973, p. 701.

<sup>6</sup> MACNEIL, Ian R. The many futures os contracts. *Southern California Law Review*. Vol. 47:691, 1973, p. 713.

<sup>7</sup> MACNEIL, Ian R. The many futures os contracts. *Southern California Law Review*. Vol. 47:691, 1973, p. 726.

<sup>8</sup> POSNER, Eric. *Análise econômica do direito contratual: sucesso ou fracasso?* / Eric Posner [tradução e adaptação ao direito brasileiro: Luciano Benetti Timm, Cristiano Carvalho e Alexandre Viola]. São Paulo: Saraiva, 2010, página 18.

*necessidade humana de interação econômica (troca)*<sup>9</sup>”. Está-se, portanto, diante de relações de troca entre os indivíduos, envolvendo prestações recíprocas entre os contratantes, independentemente do reconhecimento estatal dessa relação<sup>10</sup>.

Os contratos existem porque nenhum homem é autossuficiente. É absolutamente inviável que cada pessoa produza tudo o que é necessário para a sua sobrevivência<sup>11</sup>. O principal conceito econômico do contrato é justamente o de ser uma ferramenta que ajuda as partes a maximizar o seu bem-estar<sup>12</sup>.

No dizer dos economistas, o contrato permitiu a circulação de recursos para usos mais valorizados<sup>13</sup>. Ou seja, os agentes (neste caso, partes) estão, normalmente, mais bem postos do que qualquer outra pessoa para julgar o que lhes dará satisfação ou desprazer. Globalmente o bem-estar de todos aumenta, avança, quando as trocas são bem-sucedidas. Tudo isso induz ao princípio de permitir que os agentes tenham liberdade para celebrar contratos que considerem bons, vantajosos<sup>14</sup>.

O escopo do contrato é permitir obter ganhos recíprocos para as duas partes (ganho de Pareto), um resultado ganha-ganha ou *win-win*. O direito dos contratos deve permitir que as pessoas obtenham o que desejam<sup>15</sup>.

---

<sup>9</sup> TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. *Análise Econômica dos Contratos*. In: *Direito e economia no Brasil: estudos sobre a análise econômica do direito*. 3 ed. Indaiatuba/SP: Editora Foco, 2019, p. 157/158.

<sup>10</sup> TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. *Análise Econômica dos Contratos*. In: *Direito e economia no Brasil: estudos sobre a análise econômica do direito*. 3 ed. Indaiatuba/SP: Editora Foco, 2019, p. 158.

<sup>11</sup> TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. *Análise Econômica dos Contratos*. In: *Direito e economia no Brasil: estudos sobre a análise econômica do direito*. 3 ed. Indaiatuba/SP: Editora Foco, 2019, p. 159.

<sup>12</sup> ZAMIR, Eyal; TEICHMAN, Doron. *Behavioral law and economics*. New York: Oxford University Press, 2018, p. 238.

<sup>13</sup> MACKAAY, Ejan. *Análise econômica do direito* / Ejan Mackaay, Stéphane Rousseau; tradução de Rachel Sztajn. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2015, página 403.

<sup>14</sup> MACKAAY, Ejan. *Análise econômica do direito* / Ejan Mackaay, Stéphane Rousseau; tradução de Rachel Sztajn. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2015, página 404.

<sup>15</sup> MACKAAY, Ejan. *Análise econômica do direito* / Ejan Mackaay, Stéphane Rousseau; tradução de Rachel Sztajn. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2015, página 405.

Do ponto de vista do Direito Alemão, o contrato é uma transação legal, no qual consiste em duas declarações de intenção correspondentes de vontade: oferta e aceite<sup>16</sup>. O princípio do *pacta sunt servanda* seria o fato de que, quando as partes concluem o contrato, obrigações relacionais são criadas. Assim, as partes ficam obrigadas sob os termos do contrato firmado<sup>17</sup>.

Com a edição do Código Civil de 2002, ganhou força na doutrina brasileira a alusão a “novos princípios contratuais”, que seriam essencialmente três: i) a boa-fé objetiva, ii) a função social dos contratos e iii) o equilíbrio contratual<sup>18</sup>. No presente estudo, será dedicada maior atenção aos dois primeiros “novos princípios”.

Quanto à boa-fé, os deveres oriundos do princípio da boa-fé são denominados deveres secundários, anexos ou instrumentais<sup>19</sup>.

Nas palavras de Clóvis do Couto e Silva:

*“A conformidade ou desconformidade do procedimento dos sujeitos da relação com a boa-fé é, por igual, verificável apenas in concreto, examinando-se o fato sobre o qual o princípio incide, e daí induzindo o seu significado”<sup>20</sup>”.*

Este ponto é crucial à presente pesquisa, pois a jurisprudência tem aplicado a boa-fé objetiva de forma abstrata, sem a identificação precisa do fato que tenha, eventualmente, ofendido o princípio.

A boa-fé objetiva de que se está tratando não se confunde

---

<sup>16</sup> MARKESINIS, Basil; UNBERATH, Hannes; ANGUS, Johnston. *The German Law of Contract: A Comparative Treatise*. 2 ed. Hart Publishing. Oxford and Portland, Oregon. 2006, p. 25.

<sup>17</sup> MARKESINIS, Basil; UNBERATH, Hannes; ANGUS, Johnston. *The German Law of Contract: A Comparative Treatise*. 2 ed. Hart Publishing. Oxford and Portland, Oregon. 2006, p. 25.

<sup>18</sup> SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 25.

<sup>19</sup> SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 37.

<sup>20</sup> SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 38.

com a boa-fé subjetiva<sup>21</sup>, pois percebe-se que, além do “elemento interno do contratante de julgar estar agindo conforme procedimentos condizentes com a boa-fé”, espera-se dele um algo a mais, baseado no compromisso de lealdade, que pode ser resumido na obrigação de informação e de cooperação que se expressa no dever de facilitar o cumprimento obrigacional, com base nos critérios e limites usuais ditados pelos usos, costumes e boa-fé<sup>22</sup>.

O princípio da boa-fé objetiva é basicamente aplicado aos negócios jurídicos, referindo-se a deveres de conduta anexos<sup>23</sup> (ao dever principal imposto pelo contrato) padronizados impostos aos contratantes, de maneira a obrarem com honestidade, lealdade, probidade, antes, durante e após a contratação, independentemente da expressa previsão contratual. Nada tem a ver, portanto, com previsão psicológica dos contratantes, intencionalidade<sup>24</sup>.

---

<sup>21</sup> Ao tratar da distinção entre boa-fé objetiva e subjetiva, o autor Marcos Ehrhardt Jr. dispõe o seguinte: “*Já se tornou lugar-comum distinguir a forma objetiva da boa-fé de sua tradição versão subjetiva. Pode-se definir a boa-fé objetiva (Treu und Glauben) como um modelo ético de comportamento que se exige de todos os integrantes da relação obrigacional, em contraposição com a noção subjetiva da boa-fé (Guten Glaube), que significa o estado de crença de um sujeito de estar agindo em conformidade com as normas do ordenamento*” (EHRHARDT JR, Marcos. *Responsabilidade civil pelo inadimplemento da boa-fé*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 102).

<sup>22</sup> GARCIA, Ricardo Lupion. *Boa-fé objetiva nos contratos empresariais: contornos dogmáticos dos deveres de conduta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 41/42.

<sup>23</sup> Nas palavras de Judith Martins-Costa, os deveres anexos ao contrato são: “*como sua denominação indica, atuam para otimizar o adimplemento satisfatório, fim da relação obrigacional. São deveres que não atinam ao que prestar, mas ao como prestar. Podem estar previstos em lei (como o dever de prestar contas, que incumbe aos gestores e mandatários, em sentido amplo) ou não, mas o seu fundamento último estará sempre na boa-fé – seja por integração contratual diretamente apoiada no texto legal, seja pela integração por via da concreção do princípio da boa-fé. Por isso diz serem gerados pela boa-fé, estando numa relação de anexidade e instrumentalidade relativamente ao escopo da relação*”. (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 241/242).

<sup>24</sup> SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora

Quanto a função social do contrato, está prevista no art. 421, do CC, dispositivo que inaugura o tratamento da matéria na atual codificação privada (“ *A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato*”), bem como é mencionado no art. 2.035, parágrafo único, do mesmo Código Civil (*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*). Flávio Tartuce, ao conceituar a função social do contrato, diz o seguinte:

*“Desse modo, os contratos devem ser interpretados de acordo com a concepção do meio social onde estão inseridos, não trazendo onerosidade excessiva às partes contratantes, garantindo que a igualdade entre elas seja respeitada, mantendo a justiça contratual e equilibrando a relação onde houver a preponderância da situação de um dos contratantes sobre o outro. Valoriza-se a equidade, a razoabilidade, o bom senso, afastando-se o enriquecimento sem causa, ato unilateral vedado expressamente pela própria codificação, nos seus arts. 884 a 886. Por esse caminho, a função social dos contratos visa à proteção da parte vulnerável da relação contratual”<sup>25</sup>.*

Ao tratar do mesmo princípio (ou, para alguns autores, postulado metajurídico<sup>26</sup>), o autor em sua obra continua:

*“Na realidade, à luz da personalização e constitucionalização do Direito Civil, pode-se afirmar que a real função do contrato não é a segurança jurídica, mas sim atender os interesses da pessoa humana”<sup>27</sup>.*

---

FGV, 2006, p. 42.

<sup>25</sup> TARTUCE, Flávio. *Direito civil, v. 3: teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 58/59.

<sup>26</sup> “Com efeito, a função social, sob ótica individualista que caracterizou as condições oitocentistas, não se configurava em princípio jurídico, mas traduzia-se em postulado metajurídico, o qual correspondia, em matéria contratual, ao papel que o contrato deveria desempenhar no fomento às trocas e à prática comercial como um todo”. (Notas sobre a Função Social dos Contratos, in Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (coords.), *O Direito e o Tempo: Embates Jurídicos e Utopias Contemporâneas. Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 395/396).

<sup>27</sup> TARTUCE, Flávio. *Direito civil, v. 3: teoria geral dos contratos e contratos em*

No entanto, na prática, tanto a boa-fé objetiva quanto a função social do contrato enfrentam grandes dificuldades em suas aplicações perante os Tribunais brasileiros, por muita das vezes resultando em decisões ativistas (discricionárias ou arbitrárias) que apenas utilizam do conceito de forma retórica, sem nenhum sentido objetivo<sup>28</sup>.

Existe quem sustente, por exemplo, uma escala do poder de exercício do princípio da autonomia privada, em que quanto maior a escala de autonomia privada, menor a capacidade do Poder Judiciário modificar os termos do contrato. Neste critério, os contratos de Direito Internacional Privado teriam o maior índice de autonomia privada (consequentemente, o menor índice de possibilidade de modificação pelo Poder Judiciário) e os Direitos do Consumidor e Administrativo os menores índices de autonomia privada (consequentemente, o maior índice de possibilidade de modificação pelo Poder Judiciário)<sup>29</sup>.

Esta problemática causada pela aplicação equivocada e

---

*espécie*. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 59.

<sup>28</sup> Nas palavras de Anderson Schreiber: “Talvez por ser produto histórico de um pensamento filosófico que se pretendia anterior ao próprio dado normativo, a função social do contrato ainda seja mantida pela imensa maioria da nossa doutrina em um plano puramente abstrato, sendo definida de modo tão amplo que seu significado passa a se confundir com aquele à ordem jurídica em geral. Assim, a função social do contrato acaba sendo mencionada frequentemente, entre nós, de modo pouco útil, como justificativa ética ou apoio principiológico para institutos jurídicos já consolidados no direito brasileiro, mesmo antes do seu advento. Nossa jurisprudência, por sua vez, refere-se nominalmente ao princípio da função social com frequência, mas tem encontrado dificuldade em empregá-la sem um caráter um tanto demagógico que, muitas vezes, se lhe imprime na prática advocatícia, onde a função social tem sido invocada ora como argumento de defesa dos interesses patrimoniais e individuais dos próprios contratantes ou de seus concorrentes, ora como fundamento para absoluta desconsideração do próprio contrato, resultado que representa uma aplicação principiológica intensíssima, mas que se afasta da própria essência de um princípio setorial do Direito dos Contratos. Parece, em suma, fazer falta nesse campo uma enumeração normativa de parâmetros de atendimento à função social do contrato (...)”. (SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 30/31).

<sup>29</sup> REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. *Autonomia privada e análise econômica do contrato*. 1 ed. São Paulo: Almedina, 2017, p. 40/41.



em demasia pelos Tribunais exigiu do legislador uma resposta à sociedade que, na prática, verificava a relativização dos contratos, em alguns momentos, de forma até mesmo abstrata, com supostos fundamentos retóricos. A partir dessa situação, em 20 de setembro de 2019, entrou em vigor a chamada *Lei da Liberdade Econômica* (Lei nº 13.874/2019).

Nesta, para fins de aplicação ao presente estudo, ressalta-se a inserção do §1º ao art. 113<sup>30</sup>, da inserção do art. 421-A<sup>31</sup> e da nova redação conferida ao art. 421<sup>32</sup>, todos no Código Civil. A ideia trazida pela modificação legislativa é clara e simples: reduzir a discricionariedade do intérprete juiz e buscar, ao máximo, o respeito ao princípio do autorregramento e da liberdade dos termos pactuados pelas partes.

No momento em que o Tribunal redistribui os ônus e obrigações previamente pactuadas no contrato por meio de remédios como a revisão, a resolução contratual ou a decretação de invalidade e/ou ineficácia de disposições contratuais, caso procedida de formadeveras idiossincrática, pode gerar, contudo,

---

<sup>30</sup> Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. § 1º A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que: I - for confirmado pelo comportamento das partes posterior à celebração do negócio; II - corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio; III - corresponder à boa-fé; IV - for mais benéfico à parte que não redigiu o dispositivo, se identificável; e V - corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração. § 2º As partes poderão livremente pactuar regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei.

<sup>31</sup> Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que: I - as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução; II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada.

<sup>32</sup> Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato. Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual.

como contrapartida: 1) o desincentivo ao cumprimento das obrigações<sup>33</sup>; 2) o comportamento oportunista<sup>34</sup>.

Na prática, o conhecimento por uma das partes sobre a possibilidade de decisões idiossincráticas de intervenção no programa contratual pode acabar motivando comportamentos oportunistas que comprometam o mecanismo de mercado, prejudicando a eficiência econômica e a virtude das trocas que visam a gerar ganhos esperados de bem-estar para ambas as partes envolvidas<sup>35</sup>. Ou seja, as decisões dos Tribunais podem acarretar o descumprimento contratual por parte do devedor que, sabendo do seu posicionamento, se vê incentivado ao descumprimento.

Com o advento da Lei da Liberdade Econômica, intenta-se reduzir o escopo das possibilidades de intervenção no programa contratual, tendo como exceção, na dicção do *caput* do art. 421-A do Código Civil, situações que apresentem elementos concretos que justifiquem o afastamento da presunção de

---

<sup>33</sup> Quanto ao primeiro, no momento em que a reconfiguração das obrigações entre as partes se distancie do que razoavelmente estas poderiam esperar ou mesmo almejar com a contratação, isso pode gerar um incentivo negativo ao cumprimento, aumentando os custos de transação já estabelecidos e dificultando, com isso, a realização de trocas que poderiam ser vantajosas para ambos os potenciais contratantes. (COULON, Fabiano Koff; TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth; GIANNAKOS, Demétrio Beck da Silva. Lei da Liberdade Econômica e o comportamento oportunista dos contratantes. *Jota*. <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-abde/lei-da-liberdade-economica-e-o-comportamento-oportunista-dos-contratantes-21022020> acessado em 09 de julho de 2020).

<sup>34</sup> No que tange ao comportamento oportunista, o renomado economista norte-americano Oliver Williamson define-o utilizando uma célebre formulação: “*By opportunism I mean self-interest seeking with guile*”. O mesmo autor, ao conceituar o oportunismo, dispõe: “*More generally, opportunism refers to the incomplete or distorted disclosure of information, especially to calculated efforts to mislead, distort, disguise, obfuscate, or otherwise confuse*”. (WILLIAMSON, Oliver E. *The Economic Institutions of Capitalism: firms, markets, relational contracting*. The Free Press, a Division of Macmillan Inc, 1985, p. 47).

<sup>35</sup> COULON, Fabiano Koff; TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth; GIANNAKOS, Demétrio Beck da Silva. Lei da Liberdade Econômica e o comportamento oportunista dos contratantes. *Jota*. <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-abde/lei-da-liberdade-economica-e-o-comportamento-oportunista-dos-contratantes-21022020> acessado em 09 de julho de 2020.

paridade e simetria das partes. Importante ressaltar que, diferentemente do que se encontra nas relações de trabalho e de consumo, a assimetria nas relações civis e empresariais não é presumida, pelo contrário, ela é passível de prova.

Neste ponto, Otavio Luiz Rodrigues Jr., Rodrigo Xavier Leonardo e Augusto César Lukascheck Prado afirmam:

*“A presunção estabelecida pelo art. 421-A classifica-se como uma presunção relativa. Na presunção relativa estabelecida por Lei é fixada ‘uma relação inferencial provisória entre o fato provado e o fato presumido. Em outras palavras, o fato presumido é considerado verificado, desde que não seja produzida prova em contrário’<sup>36</sup>”.*

No entanto, as modificações trazidas pela Lei da Liberdade Econômica foram objeto de muitas críticas<sup>37</sup>.

No próximo capítulo, far-se-á exemplificações de decisões proferidas por Tribunais brasileiros que justamente aplicam de forma equivocada e discricionária os princípios da boa-fé objetiva e a função social do contrato.

## A APLICAÇÃO PRÁTICA DA BOA-FÉ OBJETIVA E DA

---

<sup>36</sup> RODRIGUEIS JR, Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier; PRADO, Augusto César Lukascheck. A liberdade contratual e a função social do contrato – alteração do art. 421-A do Código Civil: art. 7º. In: *Comentários à Lei da Liberdade Econômica: Lei 13.874/2019* / coordenadores Floriano Peixoto Marques Neto, Otavio Luiz Rodrigues Jr., Rodrigo Xavier Leonardo. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 313.

<sup>37</sup> Flávio Tartuce, em artigo publicado sobre a temática, afirma o seguinte: *“Com o devido respeito, o texto da Medida Provisória parece ter ressuscitado antigos fantasmas de temor a respeito da função social do contrato, no momento em que o princípio encontrou certa estabilidade de aplicação, seja pela doutrina ou pela jurisprudência. No âmbito da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, são encontrados mais de cem julgados sobre o princípio, sem que qualquer um deles tenha eliminado o pacta sunt servanda. Como se retira de um dos últimos acórdãos superiores, “conquanto não se possa ignorar a força obrigatória das disposições na fase de execução contratual, há de ser ela mitigada pelos paradigmas da boa-fé objetiva e da função social do contrato” (STJ, REsp 1.443.135/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24/04/2018, DJe 30/04/2018). Geralmente, tem-se utilizado o princípio em casos de abusos contratuais, na linha das palavras de Miguel Reale antes transcritas”.* (TARTUCE, Flávio. A Medida Provisória n. 881/2019 (Liberdade Econômica) e as alterações do Código Civil. *RJLB*, ano 5 (2019), n. 4, 871-904).

## FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS PELOS TRIBUNAIS: UMA AUSÊNCIA DE CRITÉRIOS DE APLICAÇÃO

Uma das grandes preocupações das teorias jurídicas passa pela necessidade de se buscar respostas acerca da indeterminabilidade do Direito<sup>38</sup>.

A interpretação do Direito no Estado Democrático do Direito é incompatível com esquemas interpretativos-procedimentais que conduzam a múltiplas respostas, cuja origem são a discricionariedade, arbitrariedade e decisionismo<sup>39-40</sup>. Para não esquecer: foram criados os artigos 489, §1º e 926, ambos do CPC/2015. No caso do primeiro, o legislador teve como intuito criar parâmetros para a decisão judicial e requisitos para que deveriam constar na decisão tomada pelo julgador. No caso do segundo, para exigir dos Tribunais e dos juízes a uniformização da sua jurisprudência mantendo-a estável, íntegra e coerente.

Neste sentido, pode-se dizer que no CPC/2015 não há espaço para decisões personalistas com que estivesse criando o direito a partir de um grau zero. O que se sustenta, portanto, é que as decisões sejam juridicamente fundamentadas. O “livre convencimento” (que foi retirado do texto do CPC) não é o mesmo que decisão fundamentada. A segurança jurídica e a proteção da confiança e da isonomia somente fazem sentido se as decisões obedecerem à coerência e à integridade.

Para melhor compreender de que forma tais conceitos da boa-fé objetiva e da função social do contrato são trazidos à baila

---

<sup>38</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 360.

<sup>39</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 360.

<sup>40</sup> João Paulo Alvarenga Brant e Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau, ao dissertar sobre o assunto, afirmar que o protagonismo do Poder Judiciário pode por em risco os valores democráticos de soberania popular ínsitos aos sistemas de direito escrito. Citando o autor Alf Ross, fazem a analogia com o jogo de xadrez e o ordenamento jurídico, no sentido de que ambos exigem coerência interna e respeito às regras do jogo. BRANT, João Paulo Alvarenga; THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho. O sistema de precedentes no direito brasileiro e a limitação do arbítrio judicial. *Revista de Argumentação e Hermenêutica Jurídica*, Florianópolis, v. 2, n. 2, p. 41-59, jul./dez. 2016.

nos casos práticos, fundamental elucidar e comentar algumas decisões de nossos Tribunais de Justiça que analisaram contratos sob à luz dos conceitos abordados no presente trabalho e, a princípio, optaram por fundamentos ativistas<sup>41</sup>. Em síntese, acabou se criando um imaginário jurídico no qual o direito brasileiro fez-se dependente das decisões judiciais, ou melhor, das definições judiciais acerca das questões mais relevantes da sociedade<sup>42</sup>.

No presente estudo, utiliza-se dos conceitos de ativismo judicial, discricionariedade e/ou arbitrariedade como sinônimos, pois, a caracterização de uma decisão como arbitrária ou discricionária já é uma escolha discricionária (ou, por que não, abitrária ?!)<sup>43</sup>.

---

<sup>41</sup> Nas palavras de Lenio Luiz Streck, ao conceituar ativismo judicial, dispõe o seguinte: “*O ativismo judicial ocorre quando a razão (o direito) é superada pela vontade, isto é, a relação entre lei e a sentença assume um aspecto completamente diferente. A decisão do caso concreto já não depende mais das leis, mas da vontade do juiz*”. (STRECK, Lenio Luiz. *Precisamos falar sobre direito e moral: os problemas da interpretação e da decisão judicial*. 1 ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 16). Georges Abboud e Guilherme Lunelli, ao dissertarem sobre o ativismo judicial, mencionaram o seguinte: “*A ideia de ativismo judicial encontra suas raízes no direito estadunidense, relacionando-se as dificuldades hermenêuticas na interpretação e a aplicação da Constituição Americana, sabidamente sintética e abstrata*”. (ABBOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme. *Ativismo judicial e instrumentalidade do processo*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 242, p. 21, abr. 2015). Da mesma forma, os autores prosseguem com o tema: “*E é nesse ponto que desponta o problema da discricionariedade, das convicções pessoais e, por consequência, do ativismo judicial: pode o sentido do texto constitucional (ou mesmo das leis) resumir-se a um mero juízo de conveniência do julgador? Será que o sentido dos textos está à disposição do intérprete, para que este “pince” – ou mesmo crie – aquele que, a depender de suas convicções ideológicas, mais lhe agrada? [...] Não por outra razão, a compreensão do ativismo judicial sempre nos remete a discussões sobre a normal e adequada função/atuação dos juízes. Quando falamos em ativismo, obrigatoriamente, falamos em extrapolação de limites na atividade judicante*.” (ABBOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme. *Ativismo judicial e instrumentalidade do processo*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 242, p. 24, abr. 2015).

<sup>42</sup> TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 26.

<sup>43</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. 2 ed. Belo Horizonte: Coleção Lenio Streck de Dicionários Jurídicos; Letramento; Casa do Direito, 2020, p.

Inicia-se com o recurso de apelação nº. 0805251-89.2019.8.12.0001<sup>44</sup>, analisado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul. Neste, no qual foi analisado contrato de promessa de compra e venda tendo por objeto uma unidade imobiliária. Ficou pactuado entre as partes que, em caso de rescisão do contrato por culpa do promitente comprador, a promitente vendedora restituiria 50% da quantia total paga até então.

Nos pedidos formulados pela construtora recorrente, ressalta-se a validade do negócio jurídico celebrado entre as partes. Argumenta-se que o recorrido estava ciente do teor das cláusulas contratuais. Menciona-se o princípio do *pacta sunt servanda*. Destaca-se a ausência de culpa da recorrente para a rescisão do contrato. Pontua-se a necessidade de cobrança da multa no quantum fixado em contrato, qual seja o percentual de 50%. Subsidiariamente, assevera-se ser devida a retenção de 20% dos valores pagos e atualizados do contrato.

Em seu fundamento, o Tribunal dispôs o seguinte:

*“Embora seja válida a cláusula que prevê a retenção dos valores pagos quando o contrato é rescindido por culpa do promitente comprador, o percentual previsto no item 'd' da Cláusula 7.2 do contrato é abusivo (50%), por ofender o princípio da razoabilidade e o art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor. A retenção de 50% dos valores pagos a título de cláusula penal ou multa compensatória é excessivamente onerosa e coloca o promitente comprador em desvantagem exagerada (...)”.*

Mais adiante, o Tribunal continua sua fundamentação:

*“Lado outro, o percentual previsto no item 'c' da cláusula 7.2 do contrato, 20% sobre as quantias pagas, não é excessivamente oneroso e não coloca o promitente comprador em*

---

81.

<sup>44</sup> Recurso de apelação – rescisão de contrato – promessa de compra e venda de terreno – ausência de ofensa à dialeticidade recursal – multa penal sobre as quantias pagas – despesas de comercialização – comissão de corretagem. (TJMS. Apelação Cível n. 0805251-89.2019.8.12.0001, Campo Grande, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Vilson Bertelli, j: 15/06/2020, p: 18/06/2020)

*desvantagem exagerada, considerando que a empresa ré teve gasto com publicidade, funcionários, honorários de advogados e corretores para concretizar suas vendas”.*

O resultado o recurso foi o seu parcial provimento, acolhendo-se o pedido subsidiário, fixando-se a multa em percentual reduzido, sob o fundamento de ofensa ao princípio da razoabilidade.

Sobre o princípio da razoabilidade, este é utilizado apenas como argumento retórico. Nada auxilia na decisão judicial. Apenas serviu como justificação *a posteriori*. Em seu lugar, poderia ter sido utilizado qualquer outro vetor<sup>45</sup>. Depara-se, portanto, com uma ausência de fundamentação jurídica<sup>46</sup>. A fundamentação da decisão judicial é, assim, a forma como podem as partes controlar a validade e a eventual arbitrariedade/ativismo judicial<sup>47</sup> das decisões judiciais.

---

<sup>45</sup> STRECK, Lenio Luiz; GIANNAKOS, Demétrio Beck da Silva. Mensalidades escolares e proporcionalidade. Qual proporcionalidade? *Conjur*. Acessado em 13 de julho de 2020: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-29/streck-giannakos-mensalidades-escolares-proporcionalidade>.

<sup>46</sup> A exigência de fundamentação das decisões judiciais representa um avanço civilizatório, no sentido de que ao órgão julgador não basta simplesmente proferir o resultado da decisão mas também expor justificadamente as razões pelas quais se chegou àquele resultado. Efetivamente, a necessária fundamentação das decisões judiciais é condição intrínseca de um regime democrático participativo. Fundamentar significa expor, lógica e coerentemente, as razões pelas quais determinada decisão foi proferida. Significa, pois, uma justificação. Deve-se ressaltar, porém, que ela não se apresenta como algo meramente formal na decisão judicial. Ela tem implicação substancial, ou seja, o juiz deve analisar as questões postas a seu julgamento, exteriorizando a base fundamental de sua decisão. (NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 327).

<sup>47</sup> “Assim o “ativismo” exige que os juízes sejam atuantes no sentido não apenas de “fazer cumprir a lei” em seu significado exclusivamente formal. Significa mais: eles assumem uma postura mais audaciosa na interpretação de princípios constitucionais abstratos tais como “dignidade da pessoa humana”, “igualdade”, “liberdade de expressão” etc. São mais audaciosos por que reivindicam para si a competência institucional e a capacidade intelectual para fixar tais conceitos abstratos, concretizá-los, conferir um significado mais preciso a estes termos; e principalmente: para julgar atos do legislativo que interpretam estes mesmos princípios”. OLIVEIRA, Claudio Ladeira de. Democracia e ativismo judicial: algumas considerações sobre suas causas e consequências. *Revista de Direito e Garantias Fundamentais*, Vitória, v. 16, n. 1, p. 192-193, jan./jun. 2015.

O ato de decidir, além de uma técnica processual, é também um ato de poder. Desta forma, devem os juízes, por serem capacitados de jurisdição, prestar contas à sociedade. Essa prestação de contas ocorre por meio da fundamentação, pois por meio dela é possível verificar se a decisão judicial foi fruto da aplicação da lei ao caso concreto<sup>48</sup> ou apenas um mero ato de vontade, consubstanciado na expressão “decido conforme a minha consciência”<sup>49</sup>.

Desta forma, a necessidade de fundamentação da decisão auxilia a manutenção de um “jogo limpo”<sup>50</sup>. A metáfora do “jogo limpo” exige o tratamento de todos da mesma forma e que o direito seja aplicado como um jogo limpo. Exigir coerência e integridade que dizer que o aplicador não pode utilizar de regras fora do jogo, ou seja, não pode decidir “conforme a sua consciência” e chegar a resultado diverso do que está sendo tratado e alegado

---

<sup>48</sup> “[...] a norma é construída apenas no caso concreto, como resultado de uma atividade prática, na qual os elementos linguísticos do Direito (os textos de normas), adquirem sentido a partir de uma conjugação com os elementos de fato”. STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017. p. 279.

“Nessa perspectiva pós-positivista, o conceito da norma não pode mais possuir acepção semântica, porque norma não pode ser confundida com o texto normativo. A norma surge na solução do caso concreto, seja ele real ou fictício. A norma, portanto, seria uma concretização da lei. [...] No entanto, o limite deste processo de concretização da norma seria a própria lei. Ou seja, não pode o juiz, ao aplicar a lei ao caso concreto no intuito de concretizar a norma chegar a resultado diverso do que a própria lei dispõe”. STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017. p. 279-280.

<sup>49</sup> SILVA, Geocarlos Augusto Cavalcante da. Fundamentação como forma democrática de controle das decisões judiciais. *Revista de Processo*, Rio de Janeiro, v. 276, p. 21, fev. 2018.

<sup>50</sup> Para Georges Abboud: “A democracia pode ser vislumbrada pela metáfora de um jogo, obviamente um jogo limpo, perante o qual as regras são claras e predeterminadas”. ABOUD, Georges. Jogo democrático e processo: as razões pelas quais o processo civil deve ser um jogo limpo. In: STRECK, Lenio Luiz; ALVIM, Eduardo Aruda; SALOMÃO, George (Coord.). *Hermenêutica e jurisprudência no código de processo civil: coerência e integridade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 130.



entre as partes, muito menos com relação aquilo que já foi decidido anteriormente em situação análoga (uniformização da jurisprudência)<sup>51</sup>.

Por exemplo, em momento algum o Juízo faz menção sobre os motivos pelos quais o princípio da razoabilidade teria sido ofendido. Para o Juízo, qual o percentual não ofenderia a razoabilidade?

Em outro caso, agora julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, houve o entendimento de impossibilidade de execução de multa contratual pela mencionada quebra da boa-fé objetiva e da função social do contrato<sup>52</sup>. No caso em apreço, o recurso de apelação foi interposto em desfavor

---

<sup>51</sup> ABBoud, Georges. *Jogo democrático e processo: as razões pelas quais o processo civil deve ser um jogo limpo*. In: STRECK, Lenio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; SALOMÃO, George (Coord.). *Hermenêutica e jurisprudência no código de processo civil: coerência e integridade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 130.

<sup>52</sup> Apelação cível. Embargos de devedor. Multa contratual. Função social do contrato. Contratante idoso. Dever de proteção da família, da sociedade e do estado. Inexigibilidade da multa, no caso em concreto. Exame de cláusula contratual. Matéria de fato. Sentença de improcedência confirmada, mas por outros fundamentos legais e constitucionais. Ainda que ultrapassado o prazo contratual para que o contratante dê publicidade a uma obrigação inegavelmente assumida no contrato, o integral adimplemento da obrigação impõe a aplicação da regra do art. 413 do código civil brasileiro, que determina a redução equitativa da multa. Inteligência da expressão “redução equitativa”, utilizada pelo atual código civil, em contratos com a expressão “redução proporcional”, adota pelo código civil de 1916. Prova de dano. A multa seria devida em decorrência do inadimplemento, caso este tivesse ocorrido. Embora a multa em nada estando relacionada com eventuais prejuízos, os quais não precisam ser comprovados, não é exigível, no caso em concreto, por aplicação da moderna interpretação dos contratos, à luz de sua função social, e não mais pelo seu rigorismo formal sintetizado no brocardo latino “pacta sunt servanda”. Aplicação do disposto no art. 2.035, parágrafo único, do código civil, ao prever que “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”, bem como do art. 421 do código civil, ao instituir que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Preceito de ordem pública consistente no dever proteção do contratante idoso pela família, pela sociedade e pelo estado, ex vi do disposto no art. 230 da constituição federal. Confirmaram a sentença, seu resultado, alterados os fundamentos. Negaram provimento ao apelo. Unânime”. (Apelação Cível, Nº 70064392491, Décima Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Otávio Augusto de Freitas Barcellos, Julgado em: 25-11-2015)

de sentença que julgou procedente embargos à execução e, conseqüentemente, extinguiu ação de execução de título extrajudicial que cobrava valor previsto em multa contratual<sup>53</sup>.

Novamente, o juízo faz uso do princípio da razoabilidade: “*não seria razoável impor multa pelo descumprimento de algo que sequer trouxe qualquer prejuízo à embargante ou aos seus sócios*”. No entanto, o próprio art. 416, do Código Civil dispõe em sentido contrário, no sentido da desnecessidade do credor alegar prejuízo do ato de inadimplência contratual por parte do devedor. Novamente, o princípio da razoabilidade é utilizado como argumento retórico, de nada auxiliando na decisão judicial<sup>54</sup>.

O Tribunal, em seu acórdão, continua:

*“Aqui, numa visão social, tenho que o contrato não era fim em si mesmo, mas tinha por objetivo resolver um conflito familiar que já se arrastava. E cumpriu sua função. Seja, as altíssimas cláusulas penais acessórias instituídas, ao que interpreto, não tinham objetivo outro senão conduzir ao desfecho daquilo que era o objeto do contrato: a transferência das derradeiras cotas sociais do pai para o filho. E este objetivo foi atingido. Exigir o cumprimento da cláusula penal, no caso, soa a revanchismo. E o Poder Judiciário não pode se prestar para este papel triste e indigno”*.

Nos trechos acima acostados, pode-se ver que o julgador faz juízos morais da situação. Ou seja, para ele, em sua opinião pessoal, aquela situação só pode ter um desfecho, mesmo que o Direito aponte em sentido diversos<sup>55</sup>. O que se pretende

---

<sup>53</sup> Tal julgado foi veiculado pelo Consultor Jurídico (Conjur) na época: <https://www.conjur.com.br/2015-dez-06/falta-boa-fe-objetiva-anula-multa-prevista-contrato> acessado em 13 de julho de 2020.

<sup>54</sup> Nas palavras de Carlos Frederico Bastos Pereira: “*Por assim dizer, o emprego de conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais não aumenta a discricionariedade do julgador, mas, pelo contrário, impõe um ônus argumentativo muito maior na fundamentação da decisão judicial*”. (PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. *Fundamentação das decisões judiciais: o controle da interpretação dos fatos e do direito no processo civil*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 131).

<sup>55</sup> Lenio Luiz Streck, sobre a temática dispõe: “*Quero dizer, simplesmente, que na Democracia não é a moral que deve filtrar o Direito e, sim, é o Direito que deve filtrar*

demonstrar aqui é que o Direito não pode ser corrigido pela Moral<sup>56</sup>.

Em outro caso, agora julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, o resultado também se demonstra discricionário, diante da falta de critérios e justificativa para a modificação do contrato firmado entre as partes<sup>57</sup>. O presente recurso de apelação versou, de forma resumida, sobre cláusula penal estabelecida e pactuada entre as partes no valor de R\$ 500.000,00, caso

---

*os juízos morais. Simples assim*". (STRECK, Lenio Luiz. *Precisamos falar sobre direito e moral: os problemas da interpretação e da decisão judicial*. 1 ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 11).

<sup>56</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Precisamos falar sobre direito e moral: os problemas da interpretação e da decisão judicial*. 1 ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 14.

<sup>57</sup> apelação cível. Compromisso de compra e venda de imóvel. Descumprimento de contrato preliminar. Requerimento de efetivação das cláusulas pactuadas. Sentença de improcedência. Inconformismo do autor e réus. Circunstâncias específicas do caso concreto. Comprovação de cumprimento de obrigações de fazer pelo promitente comprador. Expressiva valorização imobiliária no período. Desequilíbrio contratual. Rescisão unilateral pelos promitentes vendedores. Princípios da boa-fé e função social do contrato. Cláusula penal condenatória. Incidência. Limitação do valor preestabelecido. Inteligência dos artigos 412 e 413 do código civil. Parcial provimento ao recurso do autor. Desprovimento do recurso dos réus. 1. Trata-se de ação de obrigação de fazer, em que postula o autor o cumprimento de promessa de compra e venda de bem imóvel pendente de regularização junto a juízo orfanológico, cuja minuta do instrumento particular não foi registrada no competente Registro de Imóveis. 2. Negócio jurídico entabulado sob condições específicas, visando a autorização judicial da venda, momento em que seria concretizado o pagamento do preço avençado, mediante depósito em juízo. 3. Sentença de improcedência do pleito autoral fundamentada, em síntese, no princípio da exceção de contrato não cumprido. 4. Autor que, todavia, logrou comprovar documentalmente ter adotado as providências pactuadas que lhe cabiam para obtenção da autorização judicial de venda. 5. Caso concreto que denota ulterior desequilíbrio financeiro do contrato ocorrido por motivos alheios à vontade das partes contratantes. 6. Prejuízos do autor advindos da quebra do contrato que deve ser abrandado pela existência de circunstâncias fáticas que ensejaram tal descumprimento pelos réus, com primazia dos ditames da equidade, da boa-fé objetiva e da função social do contrato, que devem prevalecer à convenção das partes. 7. Aplicação da cláusula penal que se impõe, reduzida a patamar que se amolde as circunstâncias fáticas em tela, em adequação aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. 8. Provimento parcial do recurso do autor e desprovimento do recurso dos réus. (Des(a). ELTON MARTINEZ CARVALHO LEME - Julgamento: 01/06/2016 - DÉCIMA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL - 0232054-13.2012.8.19.0001 – APELAÇÃO).

uma descumprisse o contrato de promessa de compra e venda de imóvel com valor estipulado em contrato no montante de R\$ 360.000,00. O Juízo, ao analisar o recurso, reduziu a cláusula penal para o montante de R\$ 30.000,00, sob o pretexto de estar “*em observância aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e vedação ao enriquecimento ilícito*” e fundamentou aplicando o art. 412, do Código Civil<sup>58</sup>. No entanto, quais os parâmetros para fixação de cláusula penal em percentual inferior à 10% do valor do imóvel? Novamente, o princípio da razoabilidade é utilizado como argumento retórico, não auxiliando na decisão judicial. O valor fixado de R\$ 30.000,00 não passa de uma concepção moral subjetiva do intérprete que, na sua visão pessoal, ressarciria o credor pelo descumprimento abrupto por parte da contraparte.

O juiz não está autorizado a escolher o sentido que mais lhe convir, o que seria dar azo à discricionariedade. A “vontade” e o “conhecimento” (aquilo que o juiz entende por correto) não constitui salvo-conduto para a atribuição arbitrária de sentidos e tampouco para uma atribuição de sentidos arbitrária, que é consequência da discricionariedade. É preciso compreender a discricionariedade como sendo o poder arbitrário (antidemocrático) em favor do juiz para “preencher” os espaços “vazios” do modelo de regras (leis). Discricionariedade, no modo como ela é praticada no Direito brasileiro, acaba, no plano da linguagem, sendo sinônimo de arbitrariedade<sup>59</sup>.

Como menciona Fernando Araújo<sup>60</sup>, “*raramente o julgador externo terá a possibilidade de aquilatar o valor de bem estar gerado no contrato melhor do que o podem fazer as*

---

<sup>58</sup> Art. 412. O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal.

<sup>59</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. 2 ed. Belo Horizonte: Coleção Lenio Streck de Dicionários Jurídicos; Letramento; Casa do Direito, 2020, p. 75/84.

<sup>60</sup> ARAÚJO, Fernando. *Teoria Econômica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 434/435.

*próprias partes*”. As intervenções paternalistas derivadas do ativismo judiciário presumem “... *que o julgador está imune às limitações e insuficiências que ele vê prevalecerem em todos os outros, quando o fato é que o julgador está por definição mais distante do conhecimento direto das circunstâncias do que as partes envolvidas nos contratos*”. É a evidência do que o mestre português chama de “*nova atitude reguladora*”, “*tributária de um entendimento proto coletivista, ‘comunitarista’ ou ‘solidarista’*, que postula uma tão grande superioridade dos interesses e valores coletivos que, em caso de conflito, acaba por recusar liminarmente qualquer cedência a meros arranjos bilaterais”.

## CONCLUSÃO

A partir do que foi apresentado no presente estudo, pode-se verificar uma dificuldade na aplicação prática e objetiva dos conceitos de boa-fé objetiva e de função social do contrato. Em muitos casos, são utilizados como conceitos, de forma indissociada. Tal situação, acaba por causar efeitos reversos do ponto de vista dos incentivos, pois, os contratos passam a ser modificados de forma indiscriminada, sem seguir parâmetros formais objetivos.

Nas palavras de Lenio Luiz Streck, existe uma pergunta que, dependendo de sua resposta, demonstrará, fortemente, se estamos diante de uma decisão discricionária ou não: “*Há uma pergunta fundamental que deve ser feita e que pode dar um indicador se a decisão é ativista: a decisão, nos moldes em que foi proferida, pode ser repetida em situações similares? (...) Sendo essa primeira resposta um ‘não’, há fortes indícios de que estamos a ingressar no perigoso terreno do ativismo*”<sup>61</sup>. Peguemos,

---

<sup>61</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Precisamos falar sobre direito e moral: os problemas da interpretação e da decisão judicial*. 1 ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 17.

a título de exemplificação, o último caso analisado no presente trabalho, julgado pelo TJ/RJ. Tal reformulação da cláusula penal não pode ser aplicada em outro caso similar, pois, não possui parâmetro e justificativa (nem fundamentação jurídica) que elucide às partes os motivos pelos quais os julgadores entenderam o valor de R\$ 30.000,00 como adequado o caso concreto.

Portanto, diante do exposto, acredita-se que a estipulação de parâmetros objetivos e concretos para a análise de boa-fé objetiva e da função social do contrato trarão as relações contratuais empresárias maior segurança jurídica e fomentarão, ainda mais, a realização de contratos em território brasileiro incentivando e aquecendo a economia como um todo.



## REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme. Ativismo judicial e instrumentalidade do processo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 242, p. 21, abr. 2015.
- ABBOUD, Georges. Jogo democrático e processo: as razões pelas quais o processo civil deve ser um jogo limpo. In: STRECK, Lenio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; SALOMÃO, George (Coord.). *Hermenêutica e jurisprudência no código de processo civil: coerência e integridade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- ARAÚJO, Fernando. *Teoria Econômica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007.
- BRANT, João Paulo Alvarenga; THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho. O sistema de precedentes no direito brasileiro e a limitação do arbítrio judicial. *Revista de Argumentação e Hermenêutica Jurídica*, Florianópolis, v. 2, n. 2, p. 41-59, jul./dez. 2016.

- COULON, Fabiano Koff; TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth; GIANNAKOS, Demétrio Beck da Silva. Lei da Liberdade Econômica e o comportamento oportunista dos contratantes. *Jota*. <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-abde/lei-da-liberdade-economica-e-o-comportamento-oportunista-dos-contratantes-21022020> acessado em 09 de julho de 2020.
- EHRHARDT JR, Marcos. *Responsabilidade civil pelo inadimplemento da boa-fé*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- GARCIA, Ricardo Lupion. *Boa-fé objetiva nos contratos empresariais: contornos dogmáticos dos deveres de conduta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- KLEIN, Vinícius. *Os contratos empresariais de longo prazo: uma análise a partir da argumentação judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- MACKAAY, Ejan. *Análise econômica do direito / Ejan MacKaay, Stéphane Rousseau; tradução de Rachel Sztajn*. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2015.
- MACNEIL, Ian R. The many futures os contracts. *Southern California Law Review*. Vol. 47:691, 1973.
- MARKESINIS, Basil; UNBERATH, Hannes; ANGUS, Johnston. *The German Law of Contract: A Comparative Treatise*. 2 ed. Hart Publishing. Oxford and Portland, Oregon. 2006.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- OLIVEIRA, Claudio Ladeira de. Democracia e ativismo judicial: algumas considerações sobre suas causas e consequências. *Revista de Direito e Garantias Fundamentais*, Vitória, v. 16, n. 1, p. 192-193, jan./jun. 2015.

- REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. *Autonomia privada e análise econômica do contrato*. 1 ed. São Paulo: Almedina, 2017.
- RODRIGUES JR, Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier; PRADO, Augusto César Lukascheck. A liberdade contratual e a função social do contrato – alteração do art. 421-A do Código Civil: art. 7º. In: *Comentários à Lei da Liberdade Econômica: Lei 13.874/2019* / coordenadores Floriano Peixoto Marques Neto, Otavio Luiz Rodrigues Jr., Rodrigo Xavier Leonardo. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Almedina, 2009.
- SAAVEDRA, José Leyva. Autonomía privada y contrato. *Revista Oficial del Poder Judicial*. Año 4 – 5, n. 6 y n. 7, 2010-2011.
- SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.
- SILVA, Geocarlos Augusto Cavalcante da. Fundamentação como forma democrática de controle das decisões judiciais. *Revista de Processo*, Rio de Janeiro, v. 276, p. 21, fev. 2018.
- STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- STRECK, Lenio Luiz. *Precisamos falar sobre direito e moral: os problemas da interpretação e da decisão judicial*. 1 ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019.
- STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017.
- STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica*



- Hermenêutica do Direito*. 2 ed. Belo Horizonte: Coleção Lenio Streck de Dicionários Jurídicos; Letramento; Casa do Direito, 2020.
- STRECK, Lenio Luiz; GIANNAKOS, Demétrio Beck da Silva. Mensalidades escolares e proporcionalidade. Qual proporcionalidade? *Conjur*. Acessado em 13 de julho de 2020: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-29/streck-giannakos-mensalidades-escolares-proporcionalidade>.
- PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. *Fundamentação das decisões judiciais: o controle da interpretação dos fatos e do direito no processo civil*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- POSNER, Eric. *Análise econômica do direito contratual: sucesso ou fracasso?* / Eric Posner [tradução e adaptação ao direito brasileiro: Luciano Benetti Timm, Cristiano Carvalho e Alexandre Viola]. São Paulo: Saraiva, 2010.
- TARTUCE, Flávio. *Direito civil, v. 3: teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- TARTUCE, Flávio. A Medida Provisória n. 881/2019 (Liberdade Econômica) e as alterações do Código Civil. *RJLB*, ano 5 (2019), n. 4, 871-904.
- TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. Análise Econômica dos Contratos. In: *Direito e economia no Brasil: estudos sobre a análise econômica do direito*. 3 ed. Indaiatuba/SP: Editora Foco, 2019.
- WILLIAMSON, Oliver E. *The Economic Institutions of Capitalism: firms, markets, relational contracting*. The Free Press, a Division of Macmillan Inc, 1985.
- ZAMIR, Eyal; TEICHMAN, Doron. *Behavioral law and economics*. New York: Oxford University Press, 2018.