

# O PÓS-POSITIVISMO E OS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS DA BOA-FÉ E DA FUNÇÃO SOCIAL

## POST-POSITIVISM AND CONTRACTUAL PRINCIPLES OF GOOD FAITH AND SOCIAL DUTY

Marcilei Gorini Pivato\*  
Rita de Cássia Resqueti Tarifa Espolador \*\*

**Como citar:** PIVATO, Marcilei Gorini; ESPOLADOR, Rita de Cássia Resqueti Tarifa. O pós-positivismo e os princípios contratuais da boa-fé e da função social. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 20, n. 3, p.264-291, nov. 2016. DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n3p264. ISSN: 2178-8189.

**Resumo:** Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, foram inseridos no ordenamento jurídico brasileiro os princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato. O presente estudo pretende demonstrar por meio do método dedutivo e de uma pesquisa bibliográfica aplicada, qual a influência que o pós-positivismo possuiu para a introdução desses princípios na legislação brasileira.

**Palavras-Chave:** Pós-positivismo; boa-fé;

\* Mestranda em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina (UEL). Bolsista CAPES. Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Potiguar (UP). Especialista em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná (EMAP-PR). Graduada em Direito pela Universidade Metropolitana Londrinense (UMP). Advogada.  
E-mail: marcileipivato@hotmail.com.

\*\* Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Estadual de Londrina (UEL).  
E-mail: rita.tarifa@gmail.com.

função social.

**Abstract:** With the inauguration of the Civil Code of 2002, the Brazilian legal system welcomed the principles of good faith in its objective form and the contract's social duty. Likewise, this study aims to answer – through the deductive and the bibliographical methods – the question: what was post-positivism's influence and role when the introduction of these principles were finally made into law in the Brazilian legislation.

**Keywords:** Post-positivism; good faith; social duty.

## INTRODUÇÃO

O positivismo jurídico foi o plano de fundo para a elaboração do Código Civil de 1916, o qual trazia em seu bojo os princípios contratuais da autonomia, força obrigatória e relatividade contratual. Tais princípios, integrantes da Teoria Clássica, visavam unicamente o desenvolvimento econômico empresarial, no qual uma vez exercida a liberdade de contratar, o contrato firmado possuía força obrigatória e deveria ser executado em sua íntegra.

Todavia, com o pós-guerra o positivismo puro foi superado, surgindo em um ambiente contemporâneo uma nova corrente jurídica, o pós-positivismo, no intuito de reinserir na legislação pátria, valores morais.

Esta inovadora visão jurisdicional volta-se para a busca da razão prática (direito, moral e política) com o fim de nortear a interpretação do direito, fugindo do positivismo puro e retomando as bases de moral e justiça, com o fim de aplicar ao caso concreto o melhor resultado possível de acordo com as concepções morais da sociedade.

A partir dessa nova linha de pensamento nasce no Brasil a Constituição Federal/88, que traz entre seus fundamentos, os valores sociais. Em consonância, no âmbito das relações privadas, surge em 2002 o Código Civil atualmente em vigor, introduzindo novos princípios contratuais no ordenamento jurídico brasileiro: a boa-fé e a função social dos contratos.

A primeira sistematização da boa-fé se deu à luz dos valores do humanismo e do renascimento, mas aparece pela primeira vez expressamente traduzindo-se no dever de lealdade, cooperação e transparência nos negócios jurídicos, ou seja, traduz-se por uma norma

de conduta moral.

Já a função social do contrato implica em um processo interdisciplinar com o fim de atender não só os interesses econômicos das partes, mas os de uma sociedade mais justa e equilibrada.

O presente estudo demonstrará a influência do pós-positivismo para a introdução dos princípios da boa-fé e da função social dos contratos no ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, no primeiro capítulo relembremos os princípios clássicos contratuais da autonomia, força obrigatória e relatividade contratual, bem como os anseios sociais à época que culminaram com a positivação desses princípios no ordenamento jurídico brasileiro.

No segundo terceiro capítulos, trataremos do declínio do positivismo jurídico no pós-guerra e o nascimento da Teoria Crítica nascida na Escola de Frankfurt e posteriormente desenvolvida por Jürgen Habermas.

Assim, no quarto capítulo, discorreremos sobre a sociedade contemporânea e o nascimento de uma nova corrente jurídica no pós-guerra: o pós-positivismo.

No quinto capítulo, demonstraremos a introdução no ordenamento jurídico brasileiro dos princípios da boa-fé e da função social do contrato, ambos nascidos sob os anseios de uma sociedade contemporânea em busca da preservação dos direitos humanos e sociais.

Por fim, concluiremos o presente trabalho na tentativa de demonstrar os principais pontos de influência que o pós-positivismo trouxe para a positivação dos princípios da boa-fé e da função social dos contratos na legislação civil atual.

## 1 OS PRINCÍPIOS DA TEORIA CLÁSSICA CONTRATUAL

Com a consolidação dos Estados liberais fundados na ideologia individualista pregada pela Revolução Francesa e o estabelecimento do regime capitalista de produção decorrente da Revolução industrial, os contratos revelam-se instrumentos de grande valia no desenvolvimento da vida econômica da sociedade moderna.

O Código Civil brasileiro de 1916 nasceu nesse ambiente social, e seus princípios foram decorrentes de uma ideologia liberal e individualista centrada nas necessidades do indivíduo em detrimento da sociedade. Encontramos a máxima expressão desse momento histórico nas sábias palavras de Tepedino:

O Código Civil, bem se sabe, é fruto das doutrinas individualista e voluntarista que, consagradas pelo Código de Napoleão e incorporadas pelas codificações do século XIX, inspiraram o legislador brasileiro quando, na virada do século, redigiu o nosso Código Civil de 1916. Àquela altura, o valor fundamental era o indivíduo. O direito privado tratava de regular, do ponto de vista formal, a atuação dos sujeitos de direito, notadamente o contratante e o proprietário, os quais, por sua vez, a nada aspiravam senão ao aniquilamento de todos os privilégios feudais: poder contratar, fazer circular as riquezas, adquirir bens como expansão da própria inteligência e personalidade, sem restrições ou entraves legais. Eis aí a filosofia do século XIX, que marcou a elaboração do tecido normativo consubstanciado no Código Civil (TEPEDINO, 1999, p. 2).

Esta codificação encontrou sua base em dois princípios

fundamentais sobre os quais se ergueu todo o sistema contratual clássico: o princípio da autonomia da vontade, no qual os agentes são livres para fixar os limites do contrato e as obrigações por eles assumidas o princípio da força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*), no qual o contrato faz lei entre as partes (CUNHA, 2004, p. 14).

Há ainda, o princípio da eficácia relativa dos contratos como postulado que determina a obrigatoriedade da avença fixada no contrato apenas às partes que a ele anuíram. Esse sistema de codificação almejava a amplitude no intuito de abarcar todas as situações jurídicas possíveis ou interesses nos quais o sujeito privado desejaria ser titular.

Com o passar dos anos, as transformações sociais, econômicas e políticas deixaram claro ao legislador que esse sistema já não correspondia aos anseios da população, sendo o Estado chamado a intervir cada vez mais na esfera privada em razão dos movimentos sociais dos séculos XIX e XX, que culminaram no Brasil com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que introduz na legislação civil princípios e valores sociais, os quais todo o ordenamento jurídico brasileiro deverá ter por base.

O Código Civil de 2002, sob a égide da Constituição de “bem estar social”, manteve os princípios clássicos da legislação anterior, todavia, estes dispositivos foram mitigados, com a introdução de novos princípios (CUNHA, 2004, p. 16).

Ressalte-se que o fracasso do sistema positivista de codificação do legislador face às mudanças sociais gerou a edição recorrente de leis, os chamados microssistemas, que gravitam em torno do Código Civil no intuito de complementá-los. Nas palavras de Tepedino:

Pode-se dizer, portanto, que logo após a promulgação

do Código Civil o legislador teve que fazer uso de leis excepcionais, assim chamadas por dissentirem dos princípios dominantes do corpo codificado. O Código Civil mantinha a fisionomia de ordenador único das relações privadas, e as leis extravagantes, se contrariavam os 24 princípios do Código Civil, o faziam de maneira excepcional, de modo que não desmentiam o sentido de completude e de extensividade pretendido pelo Código (TEPEDINO, 1999, p. 4).

As significativas modificações ocorridas no ordenamento jurídico brasileiro decorrente do novo Estado de “bem estar social” por meio da inserção de novos princípios, deslocou o ser humano do centro das relações jurídicas, com a mudança de foco do sujeito de direito para o indivíduo concreto. Nos termos de Giselda Hironaka, o individualismo liberal [...] cede lugar ao personalismo ético como valor político-social fundacional e legitimador, e a pessoa humana passa a ser o ponto central do direito (HIRONAKA, 2003, p. 105)

Ensina ainda, sobre a coexistência dos microssistemas no ordenamento jurídico brasileiro, referindo-se a eles como “minicodificações multidisciplinares”. Por meio dessa feliz denominação, a autora chama a atenção para a especificidade e a abrangência dessas novas leis especiais brasileiras:

De modo globalizado, tem-se anotado que a tendência do que há de mais atual em sede de legislação é a preferência por sistema que prevê a adoção de minicodificações multidisciplinares, congregando temas interdependentes que não conseguem estar subordinados ao exclusivo campo do Direito Civil. Mantê-los no arcabouço de um Código equivaleria a assumir a má vontade quanto ao atendimento das

constantes urgências de atualização, com a agilidade que os reclamos da justiça exigem, porque a pretensão napoleônica de um direito codificado que seja eterno e imutável se destrói com o mero envolver da vida (HIRONAKA, 2003, p. 106)

Entretanto, faz-se necessário verificar primeiramente os momentos sociais e jurídicos que foram imprescindíveis para esta transição, o que será demonstrado nos capítulos a seguir, para posteriormente estudarmos a introdução dos novos princípios na legislação civil.

## **2 A SOCIEDADE MODERNA E O POSITIVISMO JURÍDICO**

A partir das codificações no século XVIII, o positivismo jurídico deixa de dividir o ordenamento jurídico com o direito natural e o positivismo filosófico, fundando-se na pretensão de criar uma ciência jurídica, com características análogas às ciências exatas, buscando a objetividade científica, e apartando o direito da moral e dos valores transcendentais.

Para o positivismo, o direito é encarado como um fato e não um valor, ou seja, o direito é considerado um conjunto de fatos ou fenômenos ou ainda de dados sociais análogos ao mundo natural, devendo o jurista estudar estes fatos como um cientista estuda a natureza, abstendo-se de formular juízos de valores.

Deste comportamento avalorativo, deriva a teoria do formalismo jurídico, na qual a validade do direito se funda em critérios que concernem unicamente a sua estrutura formal, ou seu aspecto exterior, prescindindo de seu conteúdo, pois a afirmação da validade de uma norma jurídica não

implica na afirmação de seu valor (BOBBIO, 1999, p. 130).

Segundo os estudos de Hans Kelvin, um dos principais positivistas do século passado, o direito deve ser entendido como norma, estando livre de qualquer concepção social ou valorativa, não se confundindo com qualquer outro instituto (KELSEN, 1999, p.03).

Assim, a ciência exclui do próprio âmbito os juízos de valor, porque ela deseja ser um conhecimento puramente objetivo da realidade (BOBBIO, 1999, p. 132), fundando-se em juízos de fato, que visam o conhecimento da realidade, e não em juízos de valor, que representam uma tomada de posição diante da realidade, não podendo no âmbito do direito travarem-se discussões acerca de legitimidade e justiça.

Com o positivismo jurídico, a lei passa a ser considerada a expressão máxima da soberania popular, soberania essa que é considerada o fundamento central para a criação dos Estados modernos. Nesse contexto, buscava-se segurança jurídica e objetividade do sistema, e o Direito positivo cumpriu bem esse papel, no qual o direito passa a ser a reprodução da vontade humana criado pelo Estado através da lei.

Todavia, a troca do ideal racionalista de justiça (jusnaturalismo) pela ambição positivista de certeza jurídica, nos dizeres de Barroso (2013, p.129), custou caro há humanidade, pois, emblematicamente, a sua decadência está associada à derrota do nazismo e dos regimes totalitários, que ascenderam ao poder legitimado pela legalidade vigente e promoveram à barbárie em nome da lei.

A segregação na Alemanha teve início com a publicação de leis raciais, regulamente editadas e publicadas pela autoridade competente, do mesmo modo como ocorreu com o fascismo na Itália e a ditadura militar no Brasil.

O horror provocado pelos regimes totalitários aliado à ideia de

justiça e direitos fundamentais do ser humano, abriram caminho para reflexões sobre o papel do Direito, sua função social, interpretação e sua aplicação na sociedade.

Nascido de um ideário difuso no qual se incluem algumas ideias de justiça além da lei e da igualdade material mínima, o pós-positivismo, uma designação provisória e genérica, utilizada por alguns estudiosos, advinda da teoria crítica do direito que, ao lado da teoria dos direitos fundamentais e da relação entre valores princípios e regras da chamada nova hermenêutica, constroem uma visão do direito, diversa da criada pelo positivismo de Kelsen, em resposta às necessidades da sociedade contemporânea.

### **3 A TEORIA CRÍTICA DO DIREITO**

A teoria crítica questiona o sentido da teoria (as coisas como deveriam ser) e da prática (as coisas como são), procurando explicar a conexão dos acontecimentos, bem como a distinção entre estes dois momentos, não se batendo por uma ação cega, sem levar em conta o conhecimento, nem por um conhecimento vazio, que ignora que as coisas poderiam ser de outro modo (NOBRE, 2011, p. 07).

Nesse sentido, a prática não é a aplicação dessa teoria, mas a aplicação, mas um conjunto de ideias que orientam a ação, a aplicação de princípios segundo os quais se devem agir para moldar a própria vida e o mundo. Esse sentido de prática quer dizer filosofia prática, com o envolvimento da moral, ética, política e direito, a chamada razão prática.

A teoria crítica, não trata de um ponto de vista utópico, mas de ver o mundo com as suas reais possibilidades de modo a identificar os elementos que impedem a realização plena de suas potencialidades,

inclusive de apontar e analisar os obstáculos necessários a sua superação (NOBRE, 2011, p. 10).

A matriz da teoria crítica foi à análise do capitalismo por Karl Marx<sup>1</sup>, de modo que primeiramente devemos analisar alguns aspectos de sua obra.

Para Marx, a tarefa primordial da teoria crítica é de compreender a natureza do mercado capitalista, ou seja, compreender de que maneira se estrutura o mercado e de que maneira a sociedade se organiza a partir dessa estrutura, entendendo assim, em consequência, como se distribui o poder político e a riqueza, a forma de Estado, religião e família. Aqui, o ponto de partida é o capitalismo, ou seja, o mercado sob o qual gira todos os demais institutos sociais.

O mercado surge na sociedade capitalista como uma instituição neutra, cuja lógica de troca de mercadoria possui regras iguais para todos que dele participam, permitindo nesse sentido ser uma instituição que promove os ideais da sociedade capitalista, ou seja, igualdade e liberdade para todos.

Pois bem, com o desenvolvimento do capitalismo, o trabalho humano tornou-se uma mercadoria de troca, ou seja, a força do trabalho é vendida em troca do salário. Todavia, segundo as análises de Marx, o capitalismo aprofunda as desigualdades sociais, pois a distribuição de bens segundo a divisão em classes tende a produzir um polo de intensa acumulação de riquezas e outro de crescente pobreza. Na sua visão, enquanto houver lucro (mais valia – diferença entre o que a força de trabalho vale no mercado e o que ela é capaz de produzir) não é possível realizar a igualdade e a liberdade prometidas pelo capitalismo.

---

<sup>1</sup> O Capital (*Das Kapital*, título original em alemão), obra publicada por Karl Marx em 1867, na qual o autor analisa o modo de produção das atividades econômicas na sociedade capitalista.

Assim, Marx conclui que com a ação consciente do proletariado e com tempo, a taxa de lucro tende a cair, o que viria a ocasionar um colapso do sistema. Essa emancipação do proletariado consciente em relação à dominação capitalista é um processo que tem que superar as ilusões reais produzidas pelo capitalismo e a repressão dos movimentos emancipatórios pelo poder político, econômico e social.

Verifica-se aqui, que o esforço analítico de Marx está fundamentado na perspectiva de superação da dominação capitalista ancorado na realização da liberdade e da igualdade que, sob o capitalismo, aparecem apenas aparentemente reais. Trata-se portanto de destruir essa aparência por meio da efetiva realização da liberdade e da igualdade. Nesse sentido, a perspectiva de emancipação não é um ideal, mas uma possibilidade real.

A primeira tarefa da teoria crítica é de apresentar as coisas como são através de um diagnóstico do tempo presente, baseado nas tendências estruturais do modelo de organização social vigente, bem como em situações históricas concretas, em que se mostram tanto as oportunidades e potencialidades para a emancipação quanto aos obstáculos reais a ela.

Tem-se, portanto, um diagnóstico do tempo presente que permite a produção de prognósticos sobre o rumo do desenvolvimento histórico. Esses prognósticos por sua vez, apontam para a natureza dos obstáculos a serem superados, seu provável desenvolvimento no tempo e nas ações capazes de superá-los, ou seja, é a análise do existente a partir da realização do novo, apresentando o existente do ponto de vista das oportunidades de emancipação da dominação vigente.

A escola que melhor desenvolveu formulações acerca de uma teoria crítica do Direito foi a de Frankfurt. Todavia, grande diferencial é que, entre os participantes da Escola de Frankfurt havia uma postura

de distanciamento em relação ao marxismo ortodoxo, sem abandonar os ideários utópicos, revolucionários e emancipatórios.

Horkheimer e Adorno, da primeira geração da escola, e Jürgen Habermas, da segunda, tinham como objeto de estudo, notadamente, a crítica ao positivismo, à discussão da indústria cultural, a questão do Estado e suas formas de legitimidade, estudos estes que foram importantíssimos para o desenvolvimento da teoria e a sua aplicação como base para a construção de um novo direito (NOBRE, 2011, p. 16).

Esta teoria, que no início limitava-se a se opor aos fundamentos do positivismo jurídico, ampliou seu objeto de crítica, voltando-se também contra o jusnaturalismo e o realismo sociológico. O movimento, nesta etapa, mais amadurecido, pretendia revelar como, através do ensino dessas doutrinas idealistas e formalistas, eram encobertas e reforçadas as funções do Direito e do Estado na reprodução das sociedades capitalistas.

Desta forma, pesquisadores de diversas áreas do conhecimento procuraram interpretar os resultados da teoria tradicional em um conjunto simultaneamente organizado em torno da valorização do capital, revelando potenciais de superação em relação à dominação do mesmo.

Partindo da constatação de que o capitalismo passou a ser regulado pelo Estado, Horkheimer e Adorno, na dialética do esclarecimento, concluiu que as duas tendências fundamentais presentes para a emancipação na teoria marxista (a do colapso em razão da queda do lucro e aquela da organização do proletariado contra a dominação do capital) haviam sido neutralizadas (NOBRE, 2011, p. 17).

Todavia, Jürgen Habermas, verificou que embora as oportunidades de emancipação tenham sido estruturalmente bloqueadas, é necessário repensar o próprio sentido de emancipação da sociedade tal como originalmente formulado por Marx e também por Horkheimer:

Habermas retoma uma teoria crítica da sociedade, com a mudança do paradigma de razão instrumental e monológica para razão comunicativa ou dialógica e daí para o consenso ou entendimento, que está imanente na própria humanidade, visto que está inscrito na linguagem. Esse é o traço distintivo da humanidade e nela está inscrita a tendência para a comunicabilidade e, por conseguinte, ao entendimento. A razão é um conceito transcendental, condição de possibilidade da comunicação e da linguagem. A racionalidade comunicativa possibilita o agir comunicativo, através da linguagem, e daí o consenso, o entendimento. A capacidade de falar e entender deriva, pois da racionalidade. [...] o direito discursivo, que é uma das formas da racionalidade comunicativa, adquire uma função integradora, que harmoniza o mundo vivido com a esfera sistêmica da economia e da administração, impedindo que esse sistema efetue a colonização daquele, ameaçando sua integridade (ANDRADE, 1998, p. 124).

A dialética do esclarecimento tinha por objetivo principal a investigação da razão humana e as formas sociais da racionalidade. Assim, a razão instrumental consistia na forma estruturante e única da racionalidade social do capitalismo, o que resultava em uma situação aporética (sem saída) do comportamento crítico e em um bloqueio estrutural da prática transformadora.

Para Habermas<sup>2</sup>, é preciso encontrar um novo paradigma explicativo, abandonando as formulações originais, pois não são mais suficientemente críticos face à sociedade atual. Para se contrapor a esse diagnóstico, formulou um novo conceito de racionalidade, a racionalidade

2 Habermas publicou dois volumes da obra *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, na qual formula o paradigma da racionalidade comunicativa.

comunicativa, orientada para o entendimento e não para a manipulação de objetos e pessoas.

Para melhor entendermos, devemos explicar aqui que a ação instrumental são ações dirigidas à dominação da natureza e à organização da sociedade que visam à produção de condições materiais de vida e possibilitam a reprodução material da sociedade. Já a ação comunicativa é orientada para o entendimento permitindo a reprodução simbólica da sociedade.

Assim, segundo Habermas, a forma social própria do capitalismo contemporâneo é aquela em que a orientação da ação para o entendimento encontra-se presente no processo de formação da identidade de cada indivíduo, nas instituições em que ele socializado e nos processos de aprendizagem e de constituição da personalidade. Assim, a racionalidade comunicativa encontra-se efetivamente inscrita na realidade das relações sociais contemporâneas.

Assim, faz-se necessário um diagnóstico do tempo presente, que permita então a produção de prognósticos sobre o rumo do desenvolvimento da sociedade e as mudanças necessárias que o direito precisa alcançar para regular as suas relações.

Pelo volume intenso de discussões interdisciplinares com base na teoria crítica, Habermas caminha para a reconstrução das teorias jurídicas tradicionais, quais sejam, o positivismo e jusnaturalismo. Com o auxílio da hermenêutica, ele busca um entrelaçamento entre o direito e a política, propondo um Estado de Direito que se assente em bases radicalmente democráticas, com um nível elevado de garantias constitucionais de participação.

Seu pensamento continua recebendo numerosas oposições, fortes críticas e uma persistente resistência entre os céticos que não

mais apostam num projeto emancipatório da modernidade. Contudo, Habermas acredita que a modernidade não é um projeto falido, mas que está em processo de construção, acreditando nas instituições, na ética discursiva, na razão comunicativa e no direito criado discursivamente (RUBY, 1998, p. 132).

E é com base nesta construção de um novo direito, pautado nas necessidades da sociedade contemporânea, que Habermas defende a necessidade de uma compreensão do direito diferente daquela hegemônica existente no debate jurídico-político. Isto é, defende um tipo de compreensão mais adequada ao real estágio de desenvolvimento social, cultural e político das sociedades contemporâneas.

#### **4 A SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA E O PÓS-POSITIVISMO**

Com o término da Segunda Guerra, a sociedade mundial como um todo se tornou insegura a respeito da norma positivista a regular as suas relações em sociedade, pois, como falado nos capítulos anteriores, em nome da lei, o direito foi utilizado para a realização de inúmeras barbáries e atrocidades.

Com o pós-guerra, vários regimes totalitários foram substituídos por regimes democráticos, de modo que a sociedade volta-se para a proteção dos direitos humanos e pelas liberdades e garantias fundamentais do indivíduo.

Em decorrência, o mundo não mais acreditava nem aceitava a lei ditada por um Estado totalitário, sendo necessária à introdução de alguns padrões morais de justiça no direito positivo pois, somente os critérios formais de validade da norma não eram mais suficientes.

O pós guerra e a redemocratização, redefiniu o lugar da

constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas, aproximando ideias de constitucionalismo e democracia e produzindo uma norma forma de organização política que pode atender por diversos nomes: Estado democrático de Direito, Estado Constitucional de Direito, Estado Constitucional democrático, etc.

Na Europa, percebe-se de imediato esse movimento com a Constituição Italiana, em 1947 e a Instalação da Corte Constitucional italiana em 1956, a Constituição Alemã em 1949, bem como a Instalação do Tribunal Constitucional Federal na Alemanha em 1951, ainda seguida da reconstitucionalização em Portugal em 1976, e na Espanha em 1978 (BARROSO, 2013, p. 153).

No Brasil, o renascimento do Direito Constitucional se deu com a travessia de um regime totalitário para um Estado Democrático de Direito, culminando com a Constituição Federal em 1988.

Contextualizando-se os interesses e as necessidades sociais, os estudiosos de várias áreas das ciências sociais, buscam a retomada da moral, aproximando-o do direito, do qual fora anteriormente separada no pensamento positivista.

Assim, para a sociedade contemporânea, restaram superadas as ideias da razão pura, do individualismo, bem como do ser humano como centro das ideias e do mundo. A pós-modernidade marca o direito pelo sinal da incerteza e da fragmentação. Vários caminhos se abrem sem que se firmem um norte (ROSENVALD, 2008. p. 83).

Um novo tipo de sociedade pede um novo direito, cuja normatividade responde aos anseios de uma sociedade na busca pela justiça, cujas ações devem ser limitadas pela política e pela moral. Este anseio social encontrou amparo na teoria crítica do direito, cujo objetivo é justamente tirar o homem de sua condição de alienado, emancipando-o

e possibilitando efetivamente uma mudança legislativa e social.

Portando, nesse ambiente contemporâneo da sociedade, promove-se uma reaproximação de direito e moral, no qual este novo direito é produto do reencontro entre a ciência jurídica e a filosofia do direito.

Desta forma, a pós-modernidade, denominação dada ao mundo atual das sociedades complexas, multipolarizado, volta-se para a busca da razão prática com o fim de nortear-se para a interpretação do direito, fugindo do positivismo puro e retomando as bases de moral e justiça, criando uma nova visão jurisdicional.

Nesse contexto, na busca de um direito equilibrado entre uma filosofia moral e política, de uma maneira que não perca a sua clareza, objetividade e segurança surge o pós-positivismo que objetiva superar o conhecimento convencional, guardando deferência relativa ao ordenamento jurídico positivo, mais nele reintroduzindo as ideias de justiça e de legitimidade abandonadas com o jusnaturalismo.

Para superar o caos legislativo e suprir as lacunas interpretativas decorrentes da velocidade das transformações do cenário político e social, as quais a atividade legislativa do Estado não consegue acompanhar, em termos de atualidade e eficácia, surge uma tendência baseada na ponderação de interesses, na argumentação, na busca de alternativas possíveis com base em princípios, fins públicos, efetividade da justiça.

O pós-positivismo, se apresenta aqui como uma terceira via entre as concepções positivistas e jusnaturalistas: não abandona a clareza, a certeza e a objetividade da norma positiva, mas não a concebe desconectada de uma filosofia moral e política.

Esta nova concepção contesta a o postulado positivista de separação entre direito, moral e política, tendo em vista a inegável

articulação complementar entre elas.

A doutrina pós-positivista se inspira na revalorização da razão prática, na teoria da justiça e na legitimação democrática, de modo que busca-se ir além da legalidade estrita, não desprezando o direito posto, mas procura empreender uma leitura moral da constituição e das leis, mas sem recorrer a categorias metafísicas. Nesse sentido a teoria comunicativa habermasiana se encaixa como uma luva para a emancipação social:

Habermas persegue o objetivo de uma reflexão sobre as condições de um diálogo em que não haja dominação nem alienação, abrangendo as condições sociais de uma comunicação humana sem coação e violência, em que mais importante é à força do melhor argumento. Logo o que se busca é a descoberta dos melhores argumentos, que conscientizam e emancipam (ANDRADE, 1998, p. 119).

Ao lado de pensadores que se preocupam com princípios morais, éticos e de justiça no direito, Habermas tem revolucionado o pensamento jurídico com sua pragmática universal, introduzindo ao direito a ética do discurso e elementos de teoria política.

Em sua perspectiva, a ordem institucional legal cria, em sociedades modernas, a legitimidade da ordem. A legitimidade depende, pois, da ordem legal, do direito discursivo e do poder democrático institucionalizado. Para que essa ordem tenha validade social e efetividade, ela precisa ter elaborado sua constituição, suas normas de seu controle judiciário, pelas vias argumentativas dos discursos teóricos, éticos e práticos, baseados na razão comunicativa.

No conjunto de ideias heterogêneas que procuram abrigo nesse paradigma em construção, incluem-se a reentronização dos valores

na interpretação jurídica, com reconhecimento de normatividade aos princípios e de sua diferença qualitativa em relação às normas; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica; o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana.

O pós-positivismo volta-se para a busca dos princípios na interpretação legislativa, com o fim de aplicar ao caso concreto o melhor resultado possível de acordo com as concepções morais da sociedade.

Esta retomada dos princípios, afeta a aplicação do direito como um todo, em todas as suas áreas de atuação.

Entretanto, tal concepção do pós-positivismo, não é unânime entre os estudiosos do direito. Segundo Fernandes e Bicalho (2011, p. 113), há autores que argumentam que o pós-positivismo ou não positivismo seria, em verdade, uma variação do jusnaturalismo.

Entretanto, a corrente adotada no presente trabalho, em consonância com a maioria dos estudiosos e aplicadores do direito, é a de que o pós-positivismo é uma corrente eclética que pretende unir os pontos positivos de ambas as correntes, ou seja, retomar a filosofia moral e política do jusnaturalismo, de uma maneira que não perca a objetividade e segurança do positivismo.

Barroso (2007, p. 22) posiciona-se em consonância com esse entendimento, para o qual o pós-positivismo é a corrente que perpetrrou a “confluência das duas grandes correntes de pensamento que oferecem paradigmas opostos para o Direito: o jusnaturalismo e o positivismo”.

O pós-positivismo sustenta a busca de parâmetros de justiça ou equidade quando da aplicação concreta do direito, através da abertura valorativa do sistema, uma nova corrente que altera a forma de inserção dos valores no sistema normativo, tanto no momento da confecção da

norma como na sua aplicação. Estes valores sociais são concretizados através da aplicação dos princípios normativos que norteiam a criação e aplicação da norma jurídica.

Assim, a lei abre espaço aos princípios, cujo conteúdo são permeados de valores sociais, cuja elaboração se dá em consonância com as necessidades da sociedade na qual eles são aplicados, de forma que o operador do direito possui a segurança jurídica da norma objetiva, mas ao aplicá-la empreende uma leitura moral desta, na busca da realização da justiça.

Verifica-se que desde o século passado, que esta mudança está se operando na sociedade atual. Tal exemplo disso é os lugares que os princípios ocuparam, migrando dos códigos para as Constituições, demonstrando a valoração de tais normas, pois são posicionados no ápice dos ordenamentos jurídicos.

## **5 OS PRINCÍPIOS DA BOA FÉ E DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO**

A Constituição Federal de 1988 introduziu no ordenamento jurídico brasileiro inúmeros princípios sociais e de proteção dos direitos humanos, reflexo dos movimentos sociais que ocorreram nos séculos XIX e XX. Entre eles, merecem destaque para o direito privado os princípios da boa-fé e da função social do contrato.

A evolução do conceito de boa-fé ocorreu ao longo do tempo, desde a sua origem na tradição jurídico romana, eclodindo com a primeira guerra mundial, em decorrência da preocupação social que se passou a ter como o indivíduo (CEOLIN, 2012, p. 16).

O Código Comercial é o marco de introdução da boa-fé no

Direito brasileiro, o qual previa em seu art. 131 como uma base de interpretação das cláusulas estabelecidas pelas partes no contrato. O Código Civil de 1916, também faz referência à boa-fé, em seus art. 490 e 514 quando refere-se à posse e ao possuidor de boa-fé.

Todavia, é no Código Civil de 2002 que a boa-fé é elencada como princípio de norma geral em seus artigos 113 e 422, no qual a liberdade contratual é dirigida conforme a função social do contrato, elegendo a boa-fé como um dos seus princípios norteadores (CEOLIN, 2012, p. 18).

Desde a Roma antiga a boa-fé admite duas concepções: a subjetiva em relação ao estado do sujeito e a objetiva em relação aos contratos, de modo que nos concentraremos na boa-fé objetiva, que prevê uma regra de conduta de acordo com ideais de lealdade e honestidade, agindo as partes com um modelo de conduta social, e respeitando os interesses e a confiança da parte contrária, com o objetivo de se refletir e toda a sociedade (PEDROSO, 2014, p. 59).

O individualismo da sociedade moderna é deixado de lado para abrir espaço à análise de comportamento que tem por base o homem médio, imbuído do dever de lealdade e cooperação, ou seja, facilitar o cumprimento obrigacional com base nos critérios e limites usuais ditados pelos costumes (PEDROSO, 2014, p. 60).

Verifica-se assim que a boa-fé objetiva pressupõe valores e deveres para a sua plena caracterização, os chamados deveres de conduta ou anexos, que são os deveres de lealdade, cooperação e transparência, assumindo relevo juridicamente como uma conduta legal e contratualmente exigida, e elemento essencial do negócio jurídico.

O cenário jurídico pós-constituição de 1988 é de renovação de valores, sobrepondo a conduta moral da boa-fé à estrita legalidade

dos contratos, como função interpretativa, limitadora e integradora dos negócios jurídicos.

Este princípio não se limita à fase de execução de um contrato ou negócio jurídico, pois durante as tratativas as partes já podem observar esse dever de conduta, ou seja, a boa-fé deve ser observada na fase pré-contratual, contratual e pós-contratual, inclusive (NICOLAU, 2008, p. 121).

Em relação aos princípios morais, essas batalhas têm sido travadas quase sempre em sede doutrinária e jurisprudencial, suscitando discussões apenas pontuais no direito das obrigações, motivo pelo qual todas as esperanças recaem sobre o intérprete, competindo-lhe empreender a releitura da disciplina, principalmente a partir das normas constitucionais, cujos mais significativos avanços têm sido promovidos por meio da boa-fé objetiva, verdadeira tábua de salvação contra as injustiças albergadas pela dogmática tradicional (SCHREIBER, 2008, p. 127-128).

A doutrina brasileira consagrou a tripa função da boa-fé objetiva, enfatizando seu papel de oxigenação do sistema obrigacional com o fim de chegar aos resultados mais justos na solução dos casos concretos, quais sejam, suprir falhas nos contratos, acrescentar o que nele não está incluído, corrigir alguma coisa que não é de direito no sentido justo, ou seja, a boa-fé oferece critérios para a interpretação do contrato firmado, cria deveres secundários ou anexo, bem como limita o exercício de direitos, tudo para o justo e fiel cumprimento obrigacional.

Da mesma maneira, a função social do contrato foi introduzida na legislação brasileira, a partir da Constituição Federal de 1988, como consequência da adoção do Estado social, em exigência a uma ordem jurídica que busque uma sociedade equilibrada e que busque minimizar as

desigualdades econômicas gritantes nos contratos particulares, mediante a imposição de condutas positivas, nas quais as partes devem visar não só os seus interesses individuais, mas também os interesses da sociedade (PEDROSO, 2014. p. 93). Dessa forma, o contrato passa a ter não só mais a função econômica, mas também uma função regulatória e social.

Remotamente, a função social dos contratos prendia-se à própria função social da propriedade, eis que no liberalismo a ampla liberdade contratual pavimentava o acesso ao direito de propriedade. Mas o comércio jurídico não se desenvolve apenas no plano estrutural do utilitarismo econômico, pois o crédito é um fenômeno social e a riqueza não mais de concentra na propriedade física, de modo que fixar-se no solo não é mais tão importante, na medida em que as oportunidades financeiras podem ser alcançadas pela circulação de ativos e a substituição de bens (ROSENVALD, 2008, p.85).

Atualmente, a função social revela uma finalidade perante o corpo social do direito das obrigações, na medida em que instrumentaliza o contrato em prol de exigências maiores no ordenamento jurídico brasileiro, tais como a justiça, a segurança, e o valor social da livre iniciativa. Nesse sentido já ensinava Norberto Bobbio, quando dizia que a liberdade dos privados era circunscrita pelos valores constitucionais, a fim de que o negócio jurídico seja um espaço promocional de determinados fins reputados como valiosos pela sociedade (BOBBIO, 1999, p. 72).

Portanto, a função social dos contratos importa que estes desempenhem um papel na sociedade, representando um meio de negociação sadia, valorizando mais os reflexos que o contrato acarretará para a sociedade do que o seu conteúdo. Seu conceito visa e integra objetivos constitucionais de estabelecimento de relações justas e solidárias de valorização da dignidade da pessoa humana e ainda de

igualdade entre as partes contratantes (PEDROSO, 2014 p. 107).

Não foi para coibir a liberdade de contratar, mas para legitimar a liberdade contratual é que surgiu a importância do princípio da função social, pois a liberdade de contratar é plena, não existindo restrições ao ato de se relacionar com o outro. Entretanto, o ordenamento jurídico deve submeter à composição do conteúdo do contrato a um certo controle em razão dos valores morais que permeiam a ordem Constitucional no intuito de conciliar o bem comum dos contratantes e da sociedade (ROSELVALD, 2008, p. 85).

Assim, verifica-se que pelo seu conceito, o princípio da função social dos contratos também se configura uma norma de caráter moral cuja inserção no ordenamento jurídico brasileiro se deu em razão dos anseios da sociedade por um direito mais justo e igualitário.

Os princípios da boa-fé contratual e o da função social do contrato, ao contrário do que se ouve, não constitui restrição à autonomia privada, pelo contrário, a valoriza, equilibrando o que a realidade crua tratou de desigualar, com a convivência simultânea dos princípios contratuais clássicos e contemporâneos (ROSENVALD, 2008, p. 83).

## CONCLUSÃO

Verifica-se com o presente trabalho, que a sociedade contemporânea anseia por um novo direito com a preservação dos valores humanos e sociais traduzida pela reinserção de valores morais no ordenamento jurídico brasileiro.

Estes valores morais tiveram a sua reinserção no Direito por meio da teoria crítica desenvolvida por Jürgen Habermas, que floresceu em um ordenamento jurídico pós-positivista.

Portanto, verifica-se através do presente estudo que tanto o princípio da boa-fé quanto o princípio da função social do contrato foram introduzidos no Código Civil de 2002, sob a vigência da Constituição Federal de 1988, que traduziram os anseios da sociedade na busca de um direito que pautado no capitalismo, não abandonassem os valores humanos e sociais.

A boa-fé, princípio que rege a formação dos negócios jurídicos, sejam eles públicos ou privados, traduz-se em uma norma de conduta moral, na qual as partes agindo com correção e honestidade persegue uma finalidade econômica e contratual comum.

A função social dos contratos, também uma norma de conduta moral, visa e integra objetivos constitucionais de estabelecimento de relações justas e solidárias de valorização da dignidade da pessoa humana e ainda de igualdade entre as partes contratantes. Esta função não elimina a autonomia contratual, mas a limita quando presentes interesses metaindividuais.

Assim, demonstra-se que os princípios da boa-fé e da função social dos contratos, não só tiveram influência pós-positivista para a sua introdução na legislação civil brasileira, como foram influenciadas diretamente pelos seus ideais de reintrodução da razão prática no direito, pois nada mais são que normas de condutas morais, que visam o bem estar social.

## REFERÊNCIAS

- ANDRADE, J. C. A contribuição de Habermas para a hermenêutica jurídica. **Revista de Estudos Jurídicos da UNESP**. Franca, SP, v. 3, n.6, 1998.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional**

**contemporâneo:** os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico:** lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1999.

CEOLIN, Alessandra Scorzato Lemes. **Reflexos da boa-fé objetiva nas relações contratuais.** Porto Alegre: Núria Fabris, 2012.

CUNHA, Andreia. **Direito dos contratos:** de acordo com o novo código civil Brasileiro. Curitiba: Juruá, 2004

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: o atual paradigma jusfilosófico constitucional. **Revista de Informação Legislativa.** Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242864/000910796.pdf?sequence=1>. Acesso em 15 out 2014.

HIRONAKA, Giselda M. F. N. Tendências do direito civil no século XXI. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato O. M. F. **Direito civil:** atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.93-114.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

NICOLAU, Gustavo Rene. Implicações práticas da boa-fé objetiva. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. (Coord). **Direito contratual:** temas atuais. São Paulo: Método, 2008.

PEDROSO, Têmis Chensu da Silva Rabelo. **Boa-fé e função social do contrato:** uma leitura hermenêutica constitucional. Saarbrücken: Novas Edições Acadêmicas, 2014.

ROSENVALD, Nelson. A função social do contrato. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. (Coord). **Direito contratual: temas atuais**. São Paulo: Método, 2008.

RUBY, Christian. **Introdução à filosofia política**. Tradução de Maria Leonor F. R. Loureiro. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1998.

SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva e o adimplemento substancial. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. (Coord). **Direito contratual: temas atuais**. São Paulo: Método, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

**Como citar:** PIVATO, Marcilei Gorini; ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa. O pós-positivismo e os princípios contratuais da boa-fé e da função social. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 20, n. 3, p.264-291, nov. 2016. DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n3p264. ISSN: 2178-8189.

Submetido em 21/04/2016

Aprovado em 15/08/2016