

2019

C O O R D E N A D O R E S

ALINE DE
MIRANDA
**VALVERDE
TERRA**

CARLOS
NELSON
KONDER

GI SELA
**SAMPAIO
DA CRUZ
GUEDES**

PRINCÍPIOS CONTRATUAIS APLICADOS

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

 EDITORA
FOCO

Você está recebendo, **GRATUITAMENTE**, um fragmento da obra da **Editora Foco**, para dar início aos seus estudos.

Este conteúdo não deve ser divulgado, pois tem direitos reservados à editora, constituindo-se uma cortesia a título de motivação aos seus estudos.

Faz-se necessário evidenciar que tal fragmento não representa a totalidade de uma obra ou disciplina.

A obra, na sua totalidade, poderá ser adquirida no site da **Editora Foco**:

www.editorafoco.com.br

Bons estudos!

Editora Foco

2019 © Editora Foco

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

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

Diretor Acadêmico: Leonardo Pereira

Editor: Roberta Densa

Assistente Editorial: Paula Morishita

Revisora Sênior: Georgia Renata Dias

Capa Criação: Leonardo Hermano

Diagramação: Ladislau Lima

Impressão miolo e capa: VIENA GRÁFICA E EDITORA LTDA

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

P957

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

400 p. ; 17cm x 24cm.

Inclui bibliografia e índice.

ISBN: 978-85-8242-372-1

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

2019-345

CDD 340 CDU 34

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

Índices para Catálogo Sistemático:

1. Direito 340 2. Direito 34

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

NOTAS DA EDITORA:

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

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

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

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



2019

Todos os direitos reservados à
Editora Foco Jurídico Ltda.

Al. Júpiter 542 – American Park Distrito Industrial

CEP 13347-653 – Indaiatuba – SP

E-mail: contato@editorafoco.com.br

www.editorafoco.com.br

APRESENTAÇÃO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Aline de Miranda Valverde Terra

Carlos Nelson Konder

Gisela Sampaio da Cruz Costa Guedes

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

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

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

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

BOA-FÉ

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

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

NOTAS SOBRE A PÓS-EFICÁCIA CONTRATUAL

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

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

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

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

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

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

Lívia Barboza Maia.....	105
-------------------------	-----

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

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

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

Rodrigo Leitão Requena 147

FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

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

Danielle Fernandes Bouças 173

O CONTRATO DE CONSÓRCIO FINANCEIRO E O CUMPRIMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL

Deborah Pereira Pinto dos Santos 195

O CRÉDITO BANCÁRIO E A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

Marcos de Souza Paula 215

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

Maria Proença Marinho 231

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

Rodrigo Saraiva Porto Garcia 245

EQUILÍBRIO CONTRATUAL

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

Bernardo Salgado 261

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

Dan Guerchon 283

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

Filipe José Medon Affonso 305

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

João Pedro Fontes Zagni 325

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

Jordan Vinícius de Oliveira 343

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

Leonardo Fajngold..... 359

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

Victor Willcox 377

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

Aline de Miranda Valverde Terra

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

Carlos Nelson Konder

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

Gisela Sampaio da Cruz Guedes

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

INTRODUÇÃO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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