

A PRINCIPIOLOGIA SOCIAL DO DIREITO NEGOCIAL CONTEMPORÂNEO

SOCIAL PRINCIPLES IN CONTEMPORARY BUSINESS LAW

Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira¹
Fernanda Mesquita Serva²
Gisele Lopes de Oliveira³

Sumário

1. Do contrato: o perfil contemporâneo dos pactos. 2. Autonomia privada e as funções do direito dos contratos. 3. Princípios negociais contemporâneos. 3.1. Princípio da função social do contrato. 3.2. Princípios da boa-fé objetiva. 3.3. Princípio da equivalência material. 4. Considerações finais. 5. Referências.

Summary

1. On the contrary: pacts contemporary profile. 2. Private autonomy and the functions of contract law. 3. Contemporary negotiating principles. 3.1. Principle of contract social function. 3.2. Principle of objective good Faith. 3.3. Principle of material equivalence. 4. Final Remarks. 5. References.

Resumo

A negociabilidade contemporânea comparece reorganizada por força da metodologia constitucional destacada pela instrumentalidade principiológica, mantendo a função econômica do contrato e acrescentando a funcionalização social em dimensões plurais. A transcendência de valores permite a revisão conceitual e estrutural do direito contratual, reinterpretando modelos, estabelecendo limites em relação à autonomia privada, promovendo a substituição da tutela da manifestação da vontade pela tutela da confiança. A liberdade de contratar deve ser orientada pelos princípios sociais e a igualdade entre partes deve ser materializada no contexto da equivalência.

Palavras-chave: Contratos. Negociabilidade contemporânea. Princípios sociais.

1 Doutora em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora do Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília – UNIMAR.

2 Mestranda do Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília – UNIMAR e Assessora Jurídica da UNIMAR

3 Mestranda do Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília – UNIMAR.

Abstract

The contemporary negotiability becomes reorganized under the methodology outlined by the Constitution principles maintaining the economic role of the contract by adding the social function in plural dimension. Values transcendence allows conceptual and structural revision of contract law by reinterpreting models, setting limits on private autonomy, promoting the replacement of will expression protection by trust protection. The freedom to contract should be guided by social principles and equality between parties should be materialized in equivalence context.

Key-words: Contracts. Contemporary marketability. Social principles.

1 Do contrato: o perfil contemporâneo dos pactos

A negociabilidade contemporânea emerge da complexidade social temperada pelas possibilidades concebidas no ambiente do Estado Democrático de Direito e capitalista, visando contemplar as necessidades decorrentes dos contextos jurídico, econômico e social. Nesse sentido, o afastamento do modelo formalista, individualista e paternalista do contrato conduz à desconsideração das estruturas clássicas, como definidas e impostas pelo liberalismo.

O intervencionismo presentifica a ruptura com o dogma da vontade e da autonomia privada, permitindo a superação da rigidez imposta pelos modelos pretéritos.

Dentre as várias modificações observadas no ambiente negocial, pode ser considerada, como altamente significativa, a recepção dos princípios sociais do negócio jurídico, representando importante condição de possibilidade em benefício das relações contratuais.

No âmbito nacional, os princípios sociais do contrato são projetados a partir do texto constitucional e recepcionados na legislação ordinária subsequente.

A Constituição Federal de 1988 é referência indispensável, dado seu perfil social com destaque para a funcionalização do direito, remarcado pelo papel social da propriedade privada, conforme artigos 5º, XXIII e 170, III e da livre iniciativa, artigo 170, caput.⁴

Não se trata de uma limitação da liberdade contratual e, sim, de uma remodelação dos elementos do contrato, sobressaindo-se o direito subjetivo exercidos pelos contratantes no trâmite das esferas de liberdade de atuação.

⁴ “Funcionalizar é atribuir ao instituto jurídico uma utilidade ou impor-lhe um papel social. [...] O processo de funcionalização tem sua raiz histórica no período das Grandes Guerras, momento em que a unidade do Direito Privado, em especial a alemã, se viu insuficiente para atender ao pós-guerra que se impôs na Europa em geral, com a restrição da liberdade contratual e utilização da propriedade. A intervenção estatal põe em cheque a concepção de direito subjetivo até então moderna (proprietário e contratante) agregando aos seus conceitos uma função social” (NALIN, P. *Do Contrato: conceito pós-moderno: em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. Vol. II. Curitiba: Juruá, p. 216-217).

Com o uso menos egoístico da propriedade e da autonomia contratual, surge um novo modelo de Estado de Direito, com o adjetivo social.

Como dispõe Nalin, o instrumento prático de consolidação da solidariedade é a funcionalização da propriedade e do contrato. [...] A questão leva em conta qual o valor ou valores que realmente se propõe a realizar o contrato contemporâneo à luz dos comandos constitucionais a ele relacionados. [...] No Brasil, mesmo havendo uma previsão constitucional expressa, há uma resistência no sentido de não se atribuir dignidade ao sujeito contratante, sem antes se pensar na causa ou função econômica do contrato⁵.

Ainda assim, deve ser levada em conta a sensibilidade da doutrina pontual recepcionada, inclusive, pelos Tribunais, redesignando o sujeito contratante, antecipando o reconhecimento de uma atuação negocial destacada pela humanização dos pactos e equilíbrio das obrigações contratuais, incluindo-se a revisão do contrato ou cláusulas, quando necessário, para, na sequência, ser, então, considerada a função secular do contrato como instrumento de circulação de bens e riquezas.

Enzo Roppo manteve, com habitual precisão, a posição de que o contrato se define a partir de operações econômicas, ficando prejudicada sua operacionalização sem o componente econômico, independentemente dos interesses individuais⁶.

Existe operação econômica – e portanto possível de matéria de contrato – onde existe circulação da riqueza, atual ou potencial transferência de riqueza de um sujeito para outro. [...] Trata-se de utilidades econômicas, de prestação de bens e de serviços normalmente oferecidas e procuradas no mercado e providas de um valor. Esta elaboração que identifica a operação econômica – matéria do contrato – como fenômeno de circulação objetiva da riqueza, independentemente do fato de o autor prosseguir ou não nos intentos especulativos, encontra clara confirmação nas próprias normas do direito positivo italiano⁷.

Os apontamentos de Roppo em relação ao elemento econômico do contrato são realçados pela relevante função econômica do contrato que não se nega, precisamente, por ser instrumental das transferências de bens e riquezas. O ponto conflituoso repousa na exploração da parte mais forte em relação à parte

5 Idem, *ibidem*, p. 219, 243 e 247.

6 ROPPO, E. *Contrato*. Coimbra: Almedina, 1988, p. 10-12.

7 Idem, *ibidem*, p. 13-14.

mais fraca, efetivando os abusos, as pactuações desequilibradas, conferindo ao contrato papel e função que não devem ser atribuídos a este instrumento jurídico e, sim, ao uso indevido feito pelo contratante, afastado dos preceitos e princípios que orientam a formação do contrato.

A doutrina contemporânea de Nalin considera que

o contrato interprivado é a relação jurídica subjetiva, nucleada na solidariedade constitucional, destinada à produção de efeitos jurídicos existenciais e patrimoniais, não só entre os titulares subjetivos da relação, como também perante terceiros. O contrato é uma relação complexa solidária⁸.

O elemento patrimonial do contrato permanece referido em ambos os conceitos trazidos para comparação. O referencial de destaque e decorrente da evolução da teoria pós-moderna do negócio jurídico refere-se, então, à solidariedade desdobrada para alcançar terceiros. As relações contratuais recebem a cobertura de uma compreensão funcionalizada, que alcança o sujeito contratante e, desta forma, estende aos pactos a tutela dos efeitos existenciais, afastando-se, portanto, da compreensão exclusiva da função econômica.

Ora, uma tese, nestes tempos pós-modernos de ‘desconstrução’ do saber, pode, coerentemente, até mesmo, infirmar a sua proposta ideal, o que corresponderia sustentar que hoje inexistente um conceito de contrato; talvez vários conceitos possam coexistir, porém, jamais, um conceito, fundado no modelo clássico, enquanto síntese das estruturas contratuais⁹.

Consoante a perspectiva conceitual voltada à solidariedade dos pactos, serão tratados os princípios sociais do contrato: princípio da função social; princípio da boa-fé objetiva; e princípio da equivalência material.

2 Autonomia privada e as funções do direito dos contratos

A compreensão das funções do direito contratual passa, necessariamente, pela análise das transformações havidas no âmbito da autonomia privada.

Apontando para uma compreensão mais ampla, Luiz Edson Fachin, em crítica competentíssima a autonomia privada, pontua:

8 NALIN, Paulo. op. cit., p. 255.

9 NALIN, Paulo. op. cit., p. 253-254.

A autonomia privada, vista como um dogma, está teoricamente ultrapassada. Permanece, todavia, a indagação sobre o que colocar no lugar de seu conceito, no âmbito dos contratos. Depreende-se, então, a necessidade de nova proposta de reflexão transdisciplinar, para que se possa compreender melhor esse momento. O estabelecimento de uma espécie de cartografia da transdisciplinariedade impõe em repensar do sujeito e do objeto, bem como da metodologia da investigação científica, voltada para esses estatutos jurídicos fundamentais¹⁰.

O repensar, como proposto por Fachin, aponta para a direção oposta à concepção individualista de negócio jurídico, a autonomia privada integral, ilimitada, assegurando ao sujeito plena liberdade de contratar. A manifestação da vontade, por via de consequência, afirmava o dogma da vontade. Inexoravelmente, o contrato assumia a feição de instrumento de opressão no liberalismo, fundado no valor supremo da liberdade do indivíduo¹¹.

A transcendência de valores conduz à transcendência de conceitos. Alguns conceitos jurídicos assumem a face de sentenças de mármore. São perpetuados em sua rigidez e, então, congelam. Foi assim com a autonomia privada, tida como poder absoluto do indivíduo para contratar. De fato, somente movimentos vigorosos e em conjunto conseguem promover a ruptura com o velho paradigma para deixar entrar o novo. A autonomia privada, redefinida, assume expressão limitada, em conformidade com a necessidade de conduzir as relações contratuais ao plano do equilíbrio indispensável, em razão do perfil negocial socializado¹².

A crise dos contratos e a posterior superação, ancorada por significativas transformações, finalmente conduzem a um bem concebido rol de limites que fazem a contenção da autonomia privada, definindo perfil compatível com os postulados do Estado Democrático de Direito.

De acordo com a lição de Francisco Amaral:

O problema da autonomia privada é, portanto, um problema de limites que se colocam, por exemplo, com o dever ou a proibição de contratar, a necessidade de aceitar regulamentos predeterminados, a inserção ou substituição de cláusulas contratuais, o princípio da boa-fé, os preceitos de ordem pública, os bons costumes, a justiça contratual, as disposições sobre abuso de direito etc., tudo isso a representar as exigências crescentes de solidariedade e de sociabilidade¹³.

10 FACHIN, L. E. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 253-254.

11 FERREIRA, J. S. A. B. N.; MAZETTO, C. S. Constitucionalização do Negócio Jurídico e Ordem Econômica. *Argumentum* – Revista de Direito da Universidade de Marília. Vol. 5. Marília: UNIMAR, 2005, p. 83.

12 FERREIRA, MAZETTO, op. cit., p. 83-84.

13 AMARAL, F. *Direito Civil*: introdução. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 345.

Os limites da autonomia privada implicam na revisão da liberdade de contratar, vale dizer, o princípio da liberdade contratual é tomado em simetria com os princípios da igualdade das partes, prevalecendo o equilíbrio dos interesses, em face da função social dos pactos, enquanto expressão da justiça contratual. Os pactos, agora socializados, buscam seus fins, vale dizer, inclusive os fins práticos¹⁴.

Lorenzetti, por opção, analisa a autonomia da vontade entre partes como regra geral dos contratos, sem vincular a abordagem à autonomia privada.

A autonomia da vontade tem um valor jurídico e encontra-se no texto constitucional, compreendendo dois aspectos: a liberdade na celebração do contrato e de seu conteúdo. A autonomia da vontade é reforçada pelo princípio da segurança jurídica, pois o contrato é um ato celebrado entre as partes, onde há programação de futuro entre as partes, administração de recursos, vontade e risco das pessoas envolvidas¹⁵.

O detalhamento acerca da autonomia privada e da autonomia da vontade é indispensável à investigação das funções desempenhadas pelo contrato, consoante Lorenzetti, que as analisa em relação aos valores que protegem, apontando como função fundamental o benefício à sociedade, diminuindo-se os custos de transação, facilitando-se a atividade econômica, tornando-a mais eficiente, e promovendo-se a evolução dos recursos por meio de seu uso mais valioso¹⁶.

O alcance da função nuclear, como traçada pelo autor, depende da consolidação que decorre da conjugação de três outras funções designadas como “proteção razoável das expectativas geradas pelos contratos, facilitando a contratação entre as partes e protegendo os envolvidos”^{17, 18}.

Sem dúvida, as funções, como apontadas, desenvolvem-se em complemento às delimitações decorrentes do perfil contemporâneo assumido pela autonomia privada e pela manifestação da vontade.

Sendo o contrato um dos grandes pilares do direito privado, cabe a observação de que, para sua compreensão, se faz relevante a ruptura com a *summa divisio* tradicional representada pelo público e privado, redirecionada para uma *summa divisio* constitucional, expressa pelo interesse coletivo e individual.

A nova *summa divisio* constitucionalizada no País é Direito Individual e Direito Coletivo. Trata-se de *summa divisio* constitucionalizada

14 FERREIRA; MAZETTO. op. cit., p. 85.

15 LORENZETTI, R. L. *Tratado de los contratos*. Parte Geral. Argentina: Rubinzal-Culzoni, 2004, p.157.

16 Idem, ibidem, p. 153.

17 LORENZETTI, R. L. op. cit., p. 153.

18 Ricardo Luis Lorenzetti afirma: “En nuestra opinión, el contrato tiene una finalidad protectoria en sectores específicos y debe ser compatible con el interés público”. (op. cit., p. 153).

relativizada, pois no topo encontra-se o Direito Constitucional, representado pelo seu objeto formal, a Constituição, composta tanto de normas de Direito Individual, quanto de normas de Direito Coletivo¹⁹.

Nessa perspectiva, deve ser compreendida a dimensão metodológica assumida pela coletivização dos pactos em predomínio ao individualismo, igualmente tutelado como não poderia deixar de ser, porém, considerando a complexidade da realidade social e a consequente complexidade das dimensões, principalmente as coletivas, das pactuações que centralizam pluralidade de interesses, especialmente aqueles concebidos em nome de um escopo maior e referente ao equilíbrio dos interesses dos contratantes no contexto das negociações plurais massificadas e estandardizadas.

O Direito contratual assiste as partes, fornecendo modelos de atuação e normas a serem seguidas pelos contratantes. Apresenta-se, então, como uma experiência social consolidada em regras de caráter de extensão e imperativo. O propósito final da regra contratual é colocar equilíbrio nos interesses das partes, ajustando o bom funcionamento da relação contratual. O propósito da teoria analítica do contrato é construir uma racionalidade de argumentos suficientemente coerente e simples para guiar as partes²⁰.

A orientação dos contratos por meio das bases principiológicas promove a releitura da teoria negocial, considerando, no conjunto da negociabilidade, “assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé” (art. 422 do CC), sendo “a liberdade de contratar em razão e nos limites da função social do contrato” (art. 421 do CC).

Em síntese, o cardápio principiológico dos contratos, ao democratizar os pactos, prevalece sobre a autonomia privada, com a obrigatoriedade da convenção, com o cumprimento da obrigação, sendo, ainda, cânone hermenêutico negocial.

Professor Lorenzetti analisa os pactos a partir dos modelos contratuais, divididos por ele em formalista, individualista, realista, paternalista e intervencionista.

Naturalmente, o primeiro modelo permanece atrelado ao formalismo jurídico que predominou em decorrência do positivismo-normativista. Por esta modelagem, o contrato apresenta-se fechado, fazendo lei entre as partes, sem agregar e pautando-se pelas normas vigentes e ajustadas pelas partes. A interpretação negocial mantém-se limitada pela própria natureza do modelo na

19 ALMEIDA, G. A. *Direito material e coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privada por uma nova summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 361.

20 LORENZETTI. op. cit., p. 154-155.

busca de revelar a intenção das partes. Trata-se de modelo pretérito e limitado à concepção formal, em detrimento da perquirição do conteúdo material dos pactos.

Em verdade, o modelo individualista mantém, através do formalismo, a cultura pretérita da tutela dos interesses individuais, reforçando o ícone da segurança jurídica contratual. Para Lorenzetti, o modelo está orientado para o mercado e mantém o apego às decisões individuais, com a divisão de riscos entre as partes, sendo utilitário e comportamental²¹.

O modelo realista tem por núcleo mais relevante do contrato a aplicação ao caso concreto e a obediência a uma solução razoável. Este sistema está voltado mais para o resultado e menos para as regras. Não há preocupação excessiva com a coerência do sistema, a busca é pelo justo. Toma por base os costumes, valores, princípios e políticas, o que permite chegar a um bom resultado, melhorando, inclusive, as regras pactuadas e protegendo as expectativas geradas pelos contratos, ou seja, a finalidade contratual²².

O modelo contratual paternalista tem características distintas. Este modelo é voltado para o resultado do contrato. Está orientado pela boa-fé contratual, políticas de defesa do consumidor e razoabilidade. Lorenzetti expõe a crítica do modelo contratual paternalista: “*Se le critica la falta de una estructura coherente y una pluralidad de principios, lo cual crea incertidumbre, permitiendo que jueces diferentes le otorguen un significado muy distinto a cada regla contractual*”²³.

O paternalismo, aparentemente, não geraria segurança contratual, mas a base principiológica designada pela boa-fé contratual, a defesa do consumidor e a razoabilidade elevam a relação negocial para um outro patamar. A segurança comparece ampliada, sendo que os poderes do julgador para interpretar conforme os princípios apenas confirmam e expressam uma outra possibilidade hermenêutica para melhor decidir em relação às cláusulas contratuais pactuadas entre as partes e consoante a nova ordem contratual.

O modelo intervencionista é interessante para proteger as partes frágeis, porém não é possível aplicá-lo em uma relação entre “iguais”, consoante crítica de Lorenzetti²⁴.

O direito negocial pátrio convive com a existência desta pluralidades de modelos nas mais diversas fases de rupturas paradigmáticas e evolução da celebração dos pactos. Tanto o formalismo como o individualismo e o paternalismo permanecem presentes em suas estruturas tradicionais, contudo, reorientados pela metodologia constitucional e principiológica, com destaque para a boa-fé

21 LORENZETTI, R. L. *Tratado de los contratos*. Parte Geral. Argentina: Rubinzal-Culzoni, 2004, p.155.

22 Idem, *ibidem*, p. 156.

23 Idem, *ibidem*, 157.

24 Idem, *ibidem*.

objetiva, função social e equilíbrio material, o que, em parte, representa a fusão de modelos, em especial o realista, como analisado. Por derradeiro, em decorrência do modelo econômico de intervenção estatal, acrescenta-se a essa pluralidade negocial a intervenção contratual.

3 Princípios negociais contemporâneos

3.1 Princípio da função social do contrato

A contemporaneidade do direito é marcada, dentre outras transformações relevantes, pela funcionalização e, neste contexto, pela função social do direito redirecionada para subsistemas e institutos. A socialização dos pactos recebe aporte significativo expresso pelo texto constitucional, como referido anteriormente. A legislação infraconstitucional passa, então, a recepcionar a função social do contrato.

Segundo Paulo Nalin, os valores constitucionais e princípios infraconstitucionais privados, destacadas a solidariedade (valor) e a boa fé objetiva (princípio), são as melhores teorias para se descrever a função social do contrato. Nos casos concretos, as cláusulas gerais ou conceitos indeterminados devem ser preenchidos pelos Juízes, o que torna a relação negocial economicamente útil e socialmente valiosa (impedindo um impacto negativo e desvalioso no campo social)²⁵.

A boa-fé objetiva e a função social do contrato traduzem-se como cláusulas gerais (de dicção normativa indeterminada), sem prejuízo de podermos também admitir a sua força principiológica, que já encontrava assento na própria Constituição Federal²⁶.

Paulo Nalin expõe que a função social pode manifestar-se em dois níveis: intrínseco (contrato visto como relação jurídica entre as partes, buscando equivalência material entre os contratantes) e extrínseco (contrato em face da coletividade, impacto sobre esta). Na perspectiva intrínseca, devem-se levar em consideração os deveres jurídicos gerais e de cunho patrimonial (de dar, fazer ou não fazer), bem como os deveres anexos ou colaterais que derivam do esforço socializante (deveres de informação, confidencialidade, assistência, lealdade etc.). Esse sistema é informado pelo princípio de proteção da dignidade da pessoa humana²⁷.

25 NALIN, P. *Do contrato: conceito pós-moderno. em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. Vol II. Curitiba: Juruá, p. 223.

26 GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. *Novo curso de direito civil. contratos* Vol. IV São Paulo: Saraiva, 2005, p.50.

27 NALIN, P. op. cit., p. 226.

O contrato é considerado não só como instrumento de circulação de riquezas, mas também de desenvolvimento social, devendo ser, portanto, expressão da racionalidade negocial contemporânea, voltado para a democratização em atendimento à indispensável sustentabilidade dos negócios jurídicos.

Após a edição da Constituição Federal de 1988, os principais institutos de direito privado são socializados, marcadamente pela função social da propriedade e pelos desdobramentos subsequentes a fim de se alcançar a função social dos contratos.

Por este percurso metodológico, “coletividade, igualdade material, equidade e boa-fé objetiva são todas ferramentas legais disponíveis ao intérprete que atendem à inviolabilidade dos direitos fundamentais do homem e à inderrogabilidade dos deveres de solidariedade econômica, em contexto social insuperável imposto à empresa, propriedade e ao contrato, que têm relevante função social concretizadora dos valores da pessoa humana”²⁸.

Desta forma, a socialização do contrato está amparada constitucionalmente e consagrada no artigo 421 do Código Civil: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites na função social do contrato e impõe um critério finalístico ou teleológico e outro critério limitativo para caracterização desse princípio. [...] toda atividade negocial, fruto da autonomia da vontade, encontra a sua razão de ser, o seu escopo existencial, na sua função social. [...] Já sob o segundo aspecto, temos que a liberdade negocial deverá encontrar justo limite no interesse social e nos valores superiores da dignificação da pessoa humana. Qualquer avanço para além dessa fronteira poderá caracterizar abuso, judicialmente, atacável. Neste ponto sim, andou bem o legislador, ao impor limite à liberdade de contratar, em prol do interesse social²⁹.

O princípio da função social potencializa o equilíbrio dos pactos em direção à *summa divisio* constitucionalizada, reorientando interesses individuais e interesses coletivos, viabilizando uma outra condição hermenêutica em relação à atividade judicial definida pela metódica civil-constitucional. O princípio da função social define, a um só tempo, limites e possibilidades, tanto em relação à autonomia privada, quanto em relação à manifestação de vontade.

28 PERLINGIERI, P. Rassegna diritto civile. Mercato, solidarietà e diritti umani, p. 103 *apud* NALIN, P. Op. cit., p. 226.

29 GAGLIANO, P. S. PAMPLONA FILHO, R. op. cit., p. 61-62.

3.2 Princípio da boa-fé objetiva

A boa-fé, no sentido objetivo, é um dever das partes, dentro de uma relação jurídica, de se comportarem tomando por fundamento a confiança que deve existir, de maneira correta e leal. Mais especificamente, caracteriza-se como retidão e honradez dos sujeitos de direito que participam de uma relação jurídica, pressupondo o fiel cumprimento do estabelecido. A boa-fé objetiva contempla a tutela jurídica de todos os membros da sociedade, antes mesmo de serem partes dos contratos. A regra de conduta dos indivíduos, nas relações jurídicas obrigacionais, deve ser a da boa-fé objetiva³⁰.

O princípio da boa-fé objetiva deve ser observado desde a origem do contrato, durante sua execução e, ainda, após o seu término, consoante disposição do art. 422: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

A boa-fé compreendida como dever de lealdade e significando a grande expressão de eticidade no ambiente negocial é tratada como cláusula geral pela doutrina, com menção à Judith Martins Costa:

A cláusula geral constitui uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, de forma proposital, uma linguagem de tessitura “aberta”, “fluida” ou “vaga”. Esta disposição é dirigida ao juiz que, diante do caso concreto, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, que poderá fazer uso de elementos que estejam fora do sistema, o que evidencia a importância da fundamentação das decisões³¹.

A boa-fé apenas normatiza certos factos que, estes sim, são fonte: mantenha-se o paralelo com a fenomenologia da eficácia negocial: a sua fonte reside não na norma que mande respeitar os negócios, mas no próprio negócio em si³².

Por derradeiro, cabe destacar, a tripla função da boa-fé objetiva adotada pela melhor doutrina quando de seu emprego como meio de interpretação, possibilidade criadora de deveres jurídicos anexos ou de proteção e a função delimitadora do exercício dos direitos subjetivos. A função hermenêutica da boa-fé recebe a orientação segura do Enunciado 27 do CJF: “Na interpretação da cláusula

30 PRETEL, M. A boa-fé objetiva como cláusula geral. Disponível em: www.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=12803. Acesso em: 10 mai. 2010.

31 MARTINS COSTA, J. *Boa-fé no direito privado*. 1. Ed., 2. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

32 ROCHA, A. M.; MENEZES CORDEIRO. *Da boa fé objetiva no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 646.

geral da boa-fé objetiva, deve se levar em conta o sistema do CC e as conexões sistemáticas com outros estatutos normativos e fatores meta-jurídicos”.

A observância do princípio da boa-fé objetiva conduz os pactos para a concretização das contratações consoante os ditames da lealdade, afastando a possibilidade de violação do princípio. O contrário, vale dizer, a não observância deste princípio configura ato ilícito ou abuso de direito, conforme o artigo 187 do Código Civil.

Cabe destacar, de outra parte, que:

A boa-fé objetiva sendo princípio de ordem pública e interpretando o art. 167, § 2º, do novo Código Civil, que traz a inoponibilidade do ato simulado frente a terceiros e boa-fégera, em regra, a nulidade absoluta do negócio celebrado. Mas essa nulidade absoluta, que envolve ordem pública, não poderá ser oposta frente a terceiros de boa-fé. Pois bem, se o princípio da boa-fé não envolvesse ordem pública, a boa conduta não faria frente ao ato simulado³³.

A adoção do princípio da boa-fé objetiva traz para o campo negocial a tutela da confiança, em substituição à tutela da vontade, próprias dos modelos formal e individual, promovendo substituição relevante no núcleo negocial, limitando, cada vez mais, tanto a autonomia privada quanto a manifestação da vontade, especialmente quando considerada em sua dimensão coletiva e, portanto, social.

3.3 Princípio da equivalência material

O princípio da equivalência material, ao lado da função social do contrato e da boa-fé objetiva, completa a triangulação dos chamados princípios sociais dos contratos, pautado pela busca e realização da igualdade material entre as partes e as avenças pactuadas na relação contratual.

No âmbito da teoria dos contratos, a equivalência material tem destaque exatamente pela dupla possibilidade, a um, por afastar a questão pétria da igualdade formal própria do liberalismo e, também, do modelo formalista e individualista que restaram inadequados em relação aos fins visados pelo direito negocial contemporâneo; a dois, pela adoção da igualdade material, demonstrando a impropriedade de meio para garantir o equilíbrio das prestações nos contratos.

O princípio da equivalência material busca realizar e preservar o equilíbrio real de direitos e deveres no contrato, antes, durante e

33 TARTUCE, F. *A função social dos contratos, a boa-fé objetiva e as recentes súmulas do superior tribunal de justiça*. Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos.asp>>. Acesso em: 17 out. 2010.

após sua execução, para harmonização dos interesses. Esse princípio preserva a equação e o justo equilíbrio contratual, seja para manter a proporcionalidade inicial dos direitos e obrigações, seja para corrigir os desequilíbrios supervenientes, pouco importando que as mudanças de circunstâncias pudessem ser previsíveis. O que interessa não é mais a exigência cega de cumprimento do contrato, da forma como foi assinado ou celebrado, mas se sua execução não acarreta vantagem excessiva para uma das partes e desvantagem excessiva para outra, aferível objetivamente, segundo as regras da experiência ordinária³⁴.

A equivalência material busca harmonizar os interesses das partes envolvidas e realizar o equilíbrio real das prestações em todo o processo obrigacional³⁵.

A equivalência material rompe em definitivo com o modelo formalista, conduzindo os contratos, juntamente com os demais princípios sociais, para a democratização e humanização das avenças, rompendo com os modelos tradicionais. A reorganização metodológica decorre de um modelo intervencionista moderado e de boa expressão, no qual a função econômica do contrato permanece, porém, respaldada pelos princípios da ordem econômica, permitindo à relação jurídica contratual o alcance de seus fins, entre os quais se incluem os fins práticos em relação ao meio negocial concebido de conformidade com o alcance da justiça negocial.

Dentre os vícios do negócio jurídico, dois, em especial, o estado de perigo e a lesão, significam afronta imediata à equivalência.

O estado de perigo se caracteriza quando a parte, premida pela necessidade de se salvar ou de salvar pessoa de sua família de um grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação extremamente onerosa, consoante regra do artigo 156 do Código Civil. Destaca-se que, em condições normais, a parte necessitada não celebraria o negócio, considerando o valor excessivamente alto para obtenção de recursos.

A configuração do estado de perigo compõe-se de requisitos objetivos e subjetivos. O primeiro diz respeito à ameaça de grave dano – atual ou iminente – à própria pessoa ou à pessoa de sua família, que leva a pessoa à assunção de obrigação excessivamente onerosa. O segundo, ao conhecimento do perigo pela outra parte, que obtém vantagem com a situação³⁶.

34 HERNANI FERREIRA, A. (Coord.), NETTO LÔBO, P. L. *O novo código civil discutido por juristas brasileiros*. 1 ed. Campinas: Bookseller, 2003, p.87.

35 LOBO, P. L. N. Princípios sociais dos contratos no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 42, 2002.

36 THEODORO JUNIOR, H. *O contrato e seus princípios*. Rio de Janeiro: Aide, 2001, p. 252.

Em tais circunstâncias a equivalência material fica arredada diante das próprias circunstâncias caracterizadoras do estado de perigo.

O Código Civil no art. 157 incorporou, como vício do negócio jurídico, a construção doutrinária e jurisprudencial acerca da lesão caracterizada pela obtenção de grande vantagem de uma parte em prejuízo da parte que contratou sob premente necessidade ou por inexperiência, obrigando-se a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.

A lesão significa “o abuso do poder econômico de uma das partes, em detrimento da outra, hipossuficiente na relação jurídica. Trata-se de uma necessidade contratual, que se caracteriza uma situação extrema, que impõe ao necessitado a celebração do negócio prejudicial. Pode ser de ordem material ou espiritual, desde que se trate de coisas importantes para a sobrevivência digna da pessoa”³⁷.

O requisito objetivo da lesão é a clara desproporção entre as prestações, que leva à obtenção de lucro exagerado e incompatível com a normal comutatividade do contrato, e o requisito subjetivo é o aproveitamento por uma das partes do estado psicológico do outro, consistente em premente necessidade, inexperiência ou leviandade³⁸.

O sistema negocial permite a anulabilidade do pacto celebrado, considerando-se as condições contratadas, particularmente havendo estado de perigo ou lesão. Cabe observar que as referências à obrigação excessivamente onerosa do art. 156 e à prestação desproporcional do art. 157 deverão ser analisadas considerando-se o caso concreto, pois podem comportar perfil de negócios excepcionais, nos quais os valores das prestações deverão, igualmente, ser considerados em relação à natureza da prestação e mediante a aferição da presença ou não da boa-fé objetiva.

A equivalência material conduz ao fim representado pela busca e realização do equilíbrio material das obrigações contratadas, enlaçando em sua concretização, por indispensável, a própria boa-fé objetiva e a função social.

4 Considerações finais

A negociabilidade contemporânea propõe metódica organizada de forma competente para atender a complexidade dos pactos, consoante os contextos jurídico, econômico, social e moral.

37 GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. *Novo curso de direito civil*: parte geral. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 370.

38 Idem, *ibidem*, p. 371

A constitucionalização do direito negocial, demarcada pelo texto constitucional e absorvida pela legislação infraconstitucional, define uma remodelagem da atuação negocial tradicional. O contrato permanece como instrumento de circulação de bens e riquezas, mantendo sua função econômica, porém, atendendo, na dimensão individual e coletiva, à orientação decorrente dos princípios constitucionais e sociais do contrato.

Por via de consequência, a autonomia privada e a manifestação de vontades na pós crise dos contratos comparecem limitadas, considerando a necessidade imperiosa da busca do equilíbrio indispensável aos pactos socializados e, em atendimento, a *summa divisio* constitucional relativizada e pautada pela tutela do interesse individual e do interesse coletivo.

Os modelos contratuais tradicionais permanecem como referência histórica, contribuindo para os avanços estruturais e coerentes à pluralidade das possibilidades negociais em contemplação aos fins do contrato contemporâneo.

O direito pátrio, organizado a partir da nova *summa divisio*, recepciona o modelo intervencionista na direção da consecução da igualdade material, mas mantém a influência pretérita do liberalismo, assegurando a liberdade de contratar nos limites da razoabilidade fundada na segurança contratual.

O princípio da função social potencializa o equilíbrio dos pactos, reorientando os interesses individual e coletivo, viabilizando uma outra condição hermenêutica em relação à atividade judicial orientada pela metódica civil-constitucional. O princípio da função social define, a um só tempo, limites e possibilidades, tanto em relação à autonomia privada, quanto em relação à manifestação de vontade.

A adoção do princípio da boa-fé objetiva traz para o campo negocial a tutela da confiança em substituição à tutela da vontade, próprias dos modelos formal e individual, promovendo substituição relevante no núcleo negocial, limitando, vez mais, tanto a autonomia privada quanto a autonomia da vontade, especialmente quando considerada em sua dimensão coletiva e, portanto, social.

A equivalência material, como princípio, conduz ao fim representado pela busca e realização do equilíbrio material das obrigações contratadas, enlaçando em sua concretização, por indispensável, a própria boa-fé objetiva e a função social.

Referências

ALMEIDA, G. A. *Direito material e coletivo: superação da summa divisio* direito público e direito privada por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

FERREIRA, J. S. A. B. N.; MAZETTO, C. S. Constitucionalização do Negócio Jurídico e Ordem Econômica. *Argumentum* – Revista de Direito da Universidade de Marília. Vol. 5. Marília: UNIMAR, 2005.

GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. *Novo curso de direito civil*. Contratos. Vol. IV, São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Novo curso de direito civil*: parte geral. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002.

HERNANI FERREIRA, A.(coord.); LOBO NETTO, P. L. *O novo Código Civil discutido por juristas brasileiros*. Campinas: Bookseller, 2003.

LOBO, P. L.N. Princípios sociais dos contratos no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 42, 2002.

LORENZETTI, R. L. *Tratado de los contratos*. Parte Geral. Argentina: Rubinzal- Culzoni.

MARTINS COSTA, J. *Boa-fé no direito privado*. 1. Edição, 2. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NALIN, P. *Do Contrato*. Conceito Pós-Moderno: Em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. Vol II. Curitiba: Juruá

PERLINGIERI, P. Rassegna diritto civile. Mercato, solidarietà e diritti umani, p. 103 In: NALIN, Paulo. *Do Contrato*: conceito pós-moderno: em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. Vol II. Curitiba: Juruá, p. 226.

PRETEL, Mariana. *A boa-fé objetiva como cláusula geral*. Disponível em: www.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=12803. Acesso em: 10 maio 2010.

ROCHA, A. M.; MENEZES CORDEIRO. *Da boa fé objetiva no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001.

TARTUCE, F. A função social dos contratos, a boa-fé objetiva e as recentes súmulas do superior tribunal de justiça. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos.asp>. Acesso em: 14 dez. 2010.

THEODORO JÚNIOR, H. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

Recebido em 18/10/2010

Aceito para publicação 29/11/2010