

TÍTULO: EM BUSCA DA ADEQUADA LEITURA DAS BASES PRINCÍPIOLÓGICAS DA NOVA ORDEM NEGOCIAL

Marcos Catalan¹

SUMÁRIO: 1- INTRODUÇÃO; 2- DA NECESSÁRIA RELEITURA DOS PRINCÍPIOS CLÁSSICOS; 2.1- A AUTONOMIA DA VONTADE; 2.2- A FORÇA OBRIGATÓRIA DOS CONTRATOS; 2.3- A RELATIVIDADE DOS EFEITOS DOS CONTRATOS; 2.4- O PRINCÍPIO DO CONSENSUALISMO; 3- A NOVA ORDEM SOCIAL; 4- DOS PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AOS CONTRATOS NA PÓS-MODERNIDADE E A CONSTRUÇÃO DE NOVOS ALICERCES; 4.1- A BOA-FÉ OBJETIVA; 4.2- A FUNÇÃO SOCIAL DO NEGÓCIO JURÍDICO; 4.3- A EQUIVALÊNCIA MATERIAL; 5- CONCLUSÃO; 6- REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1-INTRODUÇÃO

O processo evolutivo do direito sofreu, ao longo dos últimos duzentos anos, a influência de grandes forças, que impuseram à sociedade uma radical e rápida mudança de comportamento, fato que efetivamente gerou efeitos na seara negocial. Tendo como ponto de partida o *Code Napoleón*, construído sobre fundação eminentemente voluntarista, passando pelas transformações observadas por conta das duas Grandes Guerras, cujo principal efeito, nesta área do conhecimento, tenha sido muito provavelmente o intervencionismo estatal e ainda analisando os efeitos da Revolução Tecnológica que explodiu no último quarto do Século XX, alcança-se uma realidade nunca vista antes, com a transformação de uma sociedade eminentemente agrícola em um aglomerado urbano de relações impessoais.

A massificação da economia, a complexidade das relações sociais, a despersonalização das relações jurídicas, os grandes conglomerados financeiros, as redes contratuais, as técnicas publicitárias, a sede de lucro daqueles que vivem sob o teto de uma economia eminentemente capitalista, o pluralismo jurídico, as políticas sociais e o intervencionismo estatal, são exemplos de problemas cotidianos que devem ser encarados pelo direito.

Assim, é patente que alguns dos pilares que sustentam o direito desde a Roma antiga e consagrados no mais importante diploma civil oitocentista, o *Code Napoleón*, quando invocados a reger as relações jurídicas e os conflitos surgidos neste admirável mundo novo, perderam eficácia e utilidade.

Como se denota, a ambiência atual em que se desenvolvem as relações negociais é bastante distinta da realidade concreta observada durante o estado liberal e também diversa da notada durante o *welfare state*, e sob o pálio do estado pós-moderno, é imperioso que as regras para a solução dos conflitos surgidos na seara da autonomia privada sejam relidas de modo a romper com dogmas hoje superados.

Não é demais lembrar que princípios, são fontes imediatas do direito no processo de exegese do caso concreto que venha a ser submetido ao hermeneuta;

¹ Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil e em Planejamento e Gestão Ambiental pela UNIPAR. Professor do Curso de Especialização em Direito Civil e Direito Processual Civil da Universidade Estadual de Londrina. Professor de Direito Civil da Universidade Paranaense - UNIPAR, *campus* Paranavaí.

que necessariamente deverá perpassar, em cada situação fática que se lhe apresente, por todo o sistema, para que, por meio de uma análise axiológico sistemática, possa iniciar seu trabalho interpretativo com a certeza de atingir resultados seguros.

Também não se pode esquecer que toda e qualquer interpretação há de pautar-se nas diretrizes constitucionais, pois não mais se admite a leitura de uma Constituição como mera carta política dirigida ao legislador.

É neste contexto que se objetiva aferir quais são os novos limites impostos a sociedade, para que deles se extraiam as atuais diretrizes a reger os destinos dos sujeitos de direito que diuturnamente participam das mais diversas relações jurídicas no campo negocial.

2- DA NECESSÁRIA RELEITURA DOS PRINCÍPIOS CLÁSSICOS

O contrato, em maior ou menor intensidade, desde a antiga Roma até o início do século passado, inspirou-se em quatro princípios, ditos clássicos, sendo eles: a autonomia da vontade, a *pacta sunt servanda* ou força obrigatória, a relatividade dos efeitos dos contratos e o consensualismo, e em síntese, satisfazia aos interesses egoístas dos mais fortes em detrimento dos menos favorecidos, na medida em que pertencia a um direito que servia como instrumento de dominação social.

Ocorre que o atual estágio evolutivo da sociedade não mais admite a prevalência de um sistema que opere de modo alheio a ideais que persigam a justiça social², regra aliás, elevada à condição de fundamento da república.

Por conseqüência, denota-se ser imperiosa a reconstrução dos alicerces que embasaram o negócio jurídico por trilhas seculares, na medida em que justamente por conta da erosão que incidiu sobre os mesmos ao longo do tempo, poderão ruir, por serem aptos a sustentar institutos erigidos sob fundações precárias, elevadas sob o exclusivo dogma da vontade e da existência de pretensa igualdade formal.

Não se esqueça que os princípios elencados anteriormente, precisam ser constantemente revisitados e relidos em sua concepção original, a fim de evitar que conceitos superados sejam utilizados a distribuir uma justiça apta a satisfazer apenas a interesses individuais em detrimento do crescimento do ser humano; impondo-se ao intérprete, antes de qualquer outro passo, o dever de aferir se o negócio pactuado respeita a “valores existenciais”³, para somente num momento posterior, e na necessária presença deste aspecto humanístico, julgar sua eficácia patrimonial.⁴

Não se admite, portanto, sob o pálio da autonomia da vontade e da força obrigatória dos contratos, que anos de evolução sejam ignorados em detrimento das premissas que regem a atual ordem negocial posto que as atenções devem estar focados no próprio ser e não mais no ter ante a introdução da cláusula geral de solidariedade social no texto constitucional.⁵

E é em busca de uma sociedade igualitária e fraterna, que condena as desigualdades sociais, luta por diminuí-las e que vê nos cidadãos seres humanos dotados de dignidade, que se faz necessário um passeio pelos princípios erigidos no

² COELHO, Luiz Fernando. **Teoria crítica do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 441.

³ LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Barcelona: Ariel, 1970. p. 390.

⁴ NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional**. Curitiba: Juruá, 2001. p. 36.

⁵ Ibidem, p. 42.

passado, para que deles se possa extrair o néctar que a cada dia alimenta e revigora o sistema, deixando de lado, dessarte, suas carapaças corroídas pelo tempo.

2.1- A AUTONOMIA DA VONTADE

Não se pode confundir a autonomia da vontade com a autonomia privada, pois muito embora sejam figuras próximas, possuem roupagem distinta e portanto, são merecedoras de tratamento diferenciado.

A primeira sintetiza-se na faculdade atribuída aos indivíduos de pactarem ou não um negócio jurídico, de escolherem o parceiro e ainda de estabelecerem o conteúdo negocial, enfim, de se obrigarem ou não à determinada prestação, por meio da análise subjetiva do objeto perseguido. Por sua vez, a autonomia privada consiste na possibilidade atribuída e garantida às partes de auto-regrarem suas relações jurídicas, por meio do poder jurígeno que lhes é concedido pelo Estado, ou seja, no poder nomogenético atribuído pelo sistema aos sujeitos de direito.

Retomando o princípio abordado, tem-se então que a autonomia da vontade consiste na faculdade dada pelo sistema “às vontades particulares de regularem, elas próprias, todas as condições e modalidades de seus vínculos”⁶, de escolher, por meio de declaração de vontade, se contrata, qual o objeto que contrata e com quem irá contratar, princípio que, como se observa, possui a mais elevada importância.

Base importante do liberalismo, sustentava-se que a “vontade é a expressão da liberdade humana”⁷ e atuando como que “o cavaleiro da metafísica iluminista”⁸ seria hábil a enfrentar qualquer desafio. Em razão da leitura clássica do princípio em questão, sustentou-se que seria inconcebível que o homem se obrigasse a algo que não lhe trouxesse benefícios, de fato, situação ontologicamente inaceitável numa sociedade em que predominava a igualdade formal.

Defendeu-se, portanto, por longa data que ninguém estaria obrigado a contratar, senão mediante a manifestação livre e desimpedida de sua própria vontade, reinando o individualismo categórico⁹; mas na medida em que as partes se obrigassem, o estado só estaria autorizado a intervir visando tutelar a vontade manifestada, não podendo promover a inserção ou a supressão de cláusulas¹⁰, ou seja, não podendo alterar aquilo que fora livremente estipulado pelas partes.

É imperioso frisar neste contexto, que mesmo no ápice da Revolução Francesa, a liberdade de contratar nunca fora absoluta¹¹, encontrando, à luz da doutrina clássica, limites na ordem pública e nos bons costumes¹², conceitos fluidos e de complexa delimitação no plano concreto. Para além de tais restrições, há de se

⁶ THEODORO JUNIOR, Humberto. **O contrato e seus princípios**. Rio de Janeiro: Aide, 2001. p. 16.

⁷ LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Teoria geral dos contratos no novo código civil**. São Paulo: Método, 2002.

p. 38.

⁸ GONÇALVES, Oksandro. **O princípio da eticidade no direito contratual**. In: NALIN, Paulo (Org.). *Contrato & Sociedade*. Curitiba: Juruá, 2004. v. 1. p. 27.

⁹ LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Teoria geral dos contratos no novo código civil**. São Paulo: Método, 2002. p. 38.

¹⁰ De PAULA, Lucimar. **A problemática da aplicação do princípio da autonomia privada nas relações contratuais contemporâneas**. In: NALIN, Paulo (Org.). *Contrato & Sociedade*. Curitiba: Juruá, 2004. v. 1. p. 84.

¹¹ ANDRADE, Christiano Augusto Corrales de. **Da autonomia da vontade nas relações de consumo**. Leme: Editora de Direito, 2002. p. 35.

¹² GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 24.

frisar que hodiernamente, não é apenas o estado¹³ que impõe limites ao pleno exercício da vontade enquanto nascedouro de obrigações, mas especialmente a sociedade em sua busca pelo bem comum.

Fato é que o fenômeno da massificação das relações negociais, limitou drasticamente a possibilidade de escolha, quer de quem se pretende escolher como parceiro negocial, quer ainda do conteúdo do negócio entabulado, em prejuízo quase que exclusivo da parte aderente, posto que sujeita a práticas contratuais construídas sobre a sombra de anos de experiência e repetição das mesmas condutas.

Felizmente, fatores de estímulo ao aumento das desigualdades não foram ignorados pelo legislador civilista, que dá novos contornos ao princípio da autonomia privada, sujeitando-a agora, a um *plus*, impondo que a manifestação volitiva, nos dias atuais, há de ser manifestada de modo a não ferir interesses resguardados pelo bastião da boa-fé objetiva e da função social do contrato¹⁴, respeitados os ideais de justiça comutativa.¹⁵

Sustenta-se assim que ainda resta assegurado às partes, amplo poder de pactuar a norma a gerar efeitos entre elas, por conta do valor e da amplitude garantida pelo sistema à livre manifestação de vontade, bastando observar, de um modo geral, sob pena de invalidade do pacto firmado ou simplesmente da cláusula leonina, que este não seja antijurídico e ainda não produza efeitos anti-sociais.¹⁶

Em breve síntese há de se destacar que a leitura que se impõe à autonomia da vontade não nasce buscando limitar os efeitos da manifestação volitiva, ao contrário, pretende protegê-la, na medida em que afasta o dogma das codificações oitocentistas, nascidas no contexto político do estado liberal e que se embasam na tese de que toda contratação seria justa por ter nascido no livre exercício da vontade humana e conseqüentemente autoriza o reequilíbrio, quando necessário, das relações nascidas sob a égide da autonomia privada.

Não se deve pensar, por conseqüência, em supressão ou restrição da autonomia da vontade, mas sim na sua proteção por meio de instrumentos hábeis a corrigir a manifestação de vontade enquanto produtora de efeitos jurídicos no âmbito de uma sociedade solidarista e fraterna e que deve ter por objetivo precípua o crescimento do homem enquanto ser humano, estimulando sua existência digna e a redução das desigualdades.

2.2- A FORÇA OBRIGATÓRIA DOS CONTRATOS

A diretriz emanada da concepção clássica da *pacta sunt servanda*, nascida como conseqüência direta do livre exercício da vontade¹⁷ dita que os negócios jurídicos devem ser cumpridos sob o mesmo fundamento que impõe que a lei deve ser obedecida¹⁸, “ou seja, o acordo das vontades, logo depois de

¹³ DIEZ-PICAZO, Luis. **Fundamentos del derecho civil patrimonial: las relaciones obligatorias**. Madrid: Civitas, 1996. v. 2. p. 128.

¹⁴ BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. **Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo código civil**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 32.

¹⁵ DONNINI, Rogério Ferraz. **A Constituição Federal e a concepção social do contrato**. In: VIANA, Rui Geraldo Camargo; NERY, Rosa Maria de Andrade. (Org.). **Temas atuais de direito civil na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 73.

¹⁶ BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tradução Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969. t. 1. p. 224.

¹⁷ THEODORO JUNIOR, Humberto. **O contrato e seus princípios**. Rio de Janeiro: Aide, 2001. p. 22.

¹⁸ RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 16.

declaradas, tem valor de lei entre os estipulantes, e impõe os mesmos preceitos coativos que esta contém”¹⁹, desde de que tal vontade seja aceita pelo sistema.²⁰

A força obrigatória dos contratos, enquanto princípio áureo no campo das obrigações, atingiu seu ápice no curso da história com os canonistas, estudiosos que, imbuídos do espiritualismo cristão, interpretavam as normas de direito romano, animados de elevada inspiração metafísica, raciocinando que o descumprimento de um contrato equivaleria à mentira²¹ e como mentir é pecar (*peccatum*) à luz da dogmática cristã, o faltante queimaria eternamente no fogo alimentado por Lúcifer.

Certamente tais ilações, realizadas no citado momento histórico, deram ao princípio em questão elevado grau de respeitabilidade, considerando-se especialmente o domínio do poder temporal durante a inquisição e sua conhecida caça as bruxas²²; merecendo destaque o fato de ter sido positivado de modo expreso no artigo 1134 do *Code Napoléon* de 1804²³, instrumento máximo do individualismo que inspirou as legislações oitocentistas e cujos efeitos são sentidos até hoje.

Analisado em sua roupagem clássica, dita o referido princípio, que uma vez aperfeiçoada a relação jurídica negocial, a mesma há de ser cumprida, não se admitindo a intervenção do poder judiciário para a mitigação de quaisquer efeitos dela nascidos.

Nesta contextualização salienta Humberto Theodoro Junior que “o enfraquecimento do contrato, com a facilitação das revisões judiciais por motivos de equidade, salvo raríssimas exceções, contribuiria para debilitar o comércio jurídico, jamais para incentivá-lo ou incrementá-lo.”²⁴

Não parece que tal posição seja a mais acertada.

Ocorre que sob o pálio da força obrigatória, o negócio jurídico, em muitos momentos, serve de instrumento de opressão em benefício dos mais fortes²⁵, na medida em que a cada dia resta dificultada a plena discussão do conteúdo negocial por conta dos mais diversos fatores.

A idéia a imperar é a de que a sociedade é mais importante que o indivíduo, e em favor da primeira, a liberdade individual há de ser sacrificada, devendo curvar-se a outras aspirações humanas, possibilitando uma maior distribuição de renda e o conseqüente crescimento paritário de todos os cidadãos.²⁶

Tem-se então que o estado está autorizado a intervir sempre que, sob o manto da palavra empenhada, for observada ofensa que venha a ferir a equivalência material e a necessária boa-fé que devem permear as relações negociais.

O dogma da força obrigatória há de ser relativizado, pois o atual estágio da ciência jurídica não permite que sob o fundamento da livre manifestação de vontade sejam mantidas situações de injustiça material; conjuntura que

¹⁹ Ibidem, p. 16.

²⁰ FERREYRA, Edgard. **Principales efectos de la contratación civil**. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1978. p. 132.

²¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: fontes de obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v.3. p. 8.

²² Leitura interessante e que demonstra a realidade histórica se faz na obra “O nome da rosa” de Umberto Eco.

²³ Article 1134 *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites*.

²⁴ THEODORO JUNIOR, Humberto. **O contrato e seus princípios**. Rio de Janeiro: Aide, 2001. p. 24.

²⁵ De PAULA, Lucimar. **A problemática da aplicação do princípio da autonomia privada nas relações contratuais contemporâneas**. In: NALIN, Paulo (Org.). *Contrato & Sociedade*. Curitiba: Juruá, 2004. v. 1. p. 74.

²⁶ MORAES, Renato José de. **Cláusula rebus sic stantibus**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 13.

aparentemente põe em choque princípios clássicos e pós-modernos.

Evidentemente a apontada colisão é apenas ilusória, pois o entrechoque entre princípios do mesmo grau de importância não será vista como fonte de exclusão de nenhum deles do sistema, mas apenas haverá de afastar, no caso a necessitar da intervenção do poder judiciário, o que possua menor relevância na busca de uma resposta lúcida à solução do conflito; saída que, deverá servir como estímulo ao desenvolvimento do homem e de sua dignidade.

Frise-se, por hora, que do princípio da força obrigatória dos contratos não se podem extrair efeitos incompatíveis com o sistema em que se encontra inserido e desta forma impõe-se a construção de novos muros no seu entorno, para que seus efeitos sejam limitados efetivamente a sua real importância social.

2.3- A RELATIVIDADE DOS EFEITOS DOS CONTRATOS

O princípio da relatividade dos efeitos dos contratos, nascido da máxima: *res inter alios acta, aliis neque nocet neque prodest*, em síntese, dispõe que as obrigações produzem efeitos apenas entre as partes, “não aproveitando nem prejudicando a terceiros”²⁷, por consequência não gerando obrigações a “*las personas que estuvieron ajenas a la negociación*.”²⁸

Muito embora de construção bastante sólida, a idéia clássica de que os negócios jurídicos obrigam tão somente às partes a ele vinculadas é outro dogma a ser combatido e consequentemente desmistificado. Por consequência, a norma principiológica em questão há de ser lida com cautela; considerando-se que “tal princípio não é absoluto”, eis que terceiros podem estar vinculados²⁹, a exemplo da sucessão *causa mortis*.

Nesta esteira de raciocínio, fato é que, por vezes, os efeitos da contratação acabam estendendo-se a terceiros que não participaram da gênese do negócio jurídico, na medida em que os sucessores estão obrigados a adimplir as obrigações assumidas pelo devedor, e muito embora os limites materiais da herança devam ser respeitados, os sucessores poderão ser responsabilizados por eventual incumprimento a eles imputável.

Se é certo que os efeitos da *pacta sunt servanda* estendem-se aos sucessores do devedor, não menos correto é afirmar que os sucessores do credor também estarão albergados pelas regras de transmissibilidade de direitos, haja vista que poderão exigir o adimplemento da prestação ou da quantia inerente ao seu incumprimento.

Aliás, também não seria incorreto frisar que tal disposição de direitos poderá se dar não apenas em razão da sucessão *mortis causa*, mas também a título *inter vivos*, como nas hipóteses de cessão de crédito, assunção de dívida ou transmissão de posição contratual.

Outrossim, existem questões mais complexas que necessitam ser destacadas, na tentativa de demonstrar ao final, que a clássica distinção entre os direitos reais (absolutos) e os direitos de crédito (relativos) não é tão gritante quanto possa parecer, e que, a pretensa relatividade, não é tão estreita a ponto de não

²⁷ GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 43. Veja ainda: De PAULA, Lucimar. A problemática da aplicação do princípio da autonomia privada nas relações contratuais contemporâneas. In: NALIN, Paulo (Org.). *Contrato & Sociedade*. Curitiba: Juruá, 2004, v. 1. p. 83.

²⁸ FERREYRA, Edgard. **Principales efectos de la contratación civil**. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1978. p. 107.

²⁹ LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil: obrigações em geral**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000. v. 2. p. 415.

gerar direitos ou impor obrigações a terceiros.

A gestão de negócios é exemplo a ser pensado enquanto situação apta a gerar efeitos a terceiros por ela beneficiados. No caso suscitado, é claro que a ratificação, pelo dono dos negócios realizados pelo gestor gera efeitos em relação àquele; entretanto, mesmo contra sua vontade, restará obrigado caso a gestão lhe tenha sido útil e proveitosa.

Nestas situações destaca Antunes Varela que mesmo que não ratifique a gestão, o dono do negócio deverá satisfazer as obrigações contraídas em seu nome pelo gestor, na exata medida do enriquecimento obtido quando a gestão tenha sido exercida de modo regular, e mesmo que haja irregularidades, também possuirá idêntico dever, quando esta tenha resultado positivo.³⁰

Pode-se pensar, por outro lado, como exemplos de negócios que geram efeitos na esfera jurídico-patrimonial de terceiros, a hipótese de um contrato pactuado entre o poder público e a iniciativa privada e que tenha por objeto a concessão à última da administração de rodovias, mediante a cobrança de pedágio³¹ ou ainda em contratos visando a prestação de serviços de transporte coletivo ou fornecimento de água ou energia elétrica, mediante fixação de preços por meio de lei.

É certo que tais situações claramente não de produzir efeitos perante terceiros que não emanaram sua vontade, como também é escorreito afirmar que estes têm no ordenamento mecanismos de proteção de seus direitos.³²

Uma outra situação de eficácia estendida a terceiros pode ser pensada no caso de fusão ou incorporação de duas ou mais pessoas jurídicas, cujas conseqüências impliquem na eliminação de produtos do mercado e o conseqüente aumento de preços das marcas remanescentes.

Seguindo sempre adiante, com amparo nos exemplos suscitados, não pode persistir a idéia de que os direitos de crédito não podem ter eficácia em face daqueles que não participaram diretamente da gênese da relação jurídica negocial.³³

Como mitigação dos efeitos do princípio em questão, pode se pensar ainda na ineficácia dos atos praticados em fraude contra credores, cujos defeitos, segundo a melhor doutrina, estariam no plano da eficácia^{34/35/36}, ou ainda em fraude a execução, pois nestas hipóteses o direito atua dispondo que os atos de alienação dos bens não hão de surtir efeitos perante os credores que foram por eles lesados.³⁷

³⁰ VARELA, Antunes. **Direito das obrigações: conceito, estrutura e função da relação obrigacional, fontes das obrigações, modalidades das obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v.1. p. 179.

³¹ PRUX, Oscar Ivan. Aula proferida no Curso de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina. Londrina, 30 de abril de 2004.

³² BRASIL. *Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Em especial: artigo 81 e seguintes.

³³ CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha Menezes e. **Direito das obrigações**. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1986. v. 1. p. 256.

³⁴ BUSSATA, Eduardo Luiz. **Teoria da ineficácia do negócio jurídico**. In: CATALAN, Marcos Jorge (Org.). *Negócio jurídico: aspectos controvertidos à luz do novo código civil*. Leme: Mundo Jurídico, 2004. p. 198.

³⁵ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Comentários ao novo código civil: dos defeitos do negócio jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 3, t. 1. p. 305.

³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 5.307-0-RS. 6ª Turma. Rel. Min. Athos Gusmão Carneiro. Ac. de 16.06.92. *Lex-JSTJ 47/113*.

³⁷ LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Teoria geral dos contratos no novo código civil**. São Paulo: Método, 2002. p. 46.

Também não pode passar despercebida a idéia da tutela externa ou tutela delitual do crédito³⁸, que traz ao direito obrigacional a já citada característica (oponibilidade *erga omnes*) dos direitos reais, na medida em que os terceiros estão obrigados a não colaborar com a inexecução das obrigações pactuadas entre as partes.³⁹

O professor Mário Júlio de Almeida Costa, a respeito da doutrina do efeito externo em terras de além-mar, opondo-se à orientação doutrinária clássica, ensina que para além do efeito intrapartes, a relação jurídica negocial produz também efeitos externos, impondo a terceiros o dever de não impedir ou dificultar o adimplemento da prestação⁴⁰ havida entre os negociantes.

O legislador pátrio, na vanguarda do assunto andou bem, pois outra não é a posição do vigente Código Civil ao referir-se ao tema, dispondo em seu artigo 608 que “aquele que aliciar pessoas obrigadas em contrato escrito a prestar serviço a outrem pagará a este a importância que ao prestador de serviço, pelo ajuste desfeito, houvesse de caber durante dois anos”, regra que poderá ser invocada como subsídio para outras situações que não o contrato em que fora inserida ante a reconhecida força dos princípios.

Observa-se assim, evidente ampliação da tutela dos direitos creditícios, na medida em que, afastando-se sua pretensa relatividade, impõe a terceiros o dever de respeitar negociações alheias, quando sua conduta possa causar transtornos ao fiel desempenho das obrigações assumidas.

2.4- O PRINCÍPIO DO CONSENSUALISMO

Seria, no mínimo ilógico, pensar em um negócio jurídico sem a existência de manifestação de vontade dirigida aos fins desejados pelos sujeitos acobertados pela relação jurídica, e deste modo, a idéia que emana do princípio em questão está adstrita à desnecessidade da observância de ritos sacramentais para a validade das declarações que adentram no mundo jurídico.

Aliás, como asseveram, Antônio Junqueira de Azevedo, ao frisar que “não há negócio sem forma”⁴¹, e Marcos Bernardes de Mello, ao discorrer que, “tudo, aliás, no mundo se nos oferece sob uma determinada forma”⁴², há de se destacar que na qualidade de pressuposto de existência dos negócios jurídicos, a manifestação volitiva deve se dar por algum meio, e deste modo, para que o negócio crie vida, a vontade há de exteriorizar-se, na forma escrita, por simples palavras ou gestos, ou ainda em razão de determinado comportamento físico, comissivo ou omissivo, assumido pelo destinatário da proposta, seja em razão de aceitação tácita ou por conta do silêncio quando haja previsão legal.

Destaque-se que a concepção atual do princípio sob análise contraria os preceitos ditados na Roma antiga, época em que se exigia a presença de um elemento material como pressuposto de existência dos contratos⁴³, a exemplo dos contratos literais (*litteris*) que somente se perfaziam depois de redigidos, e dos

³⁸ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 464.

³⁹ CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha Menezes e. **Direito das obrigações**. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1986. v. 1. p. 263.

⁴⁰ COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. Coimbra: Almedina, 1994. p. 73.

⁴¹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 126.

⁴² MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 189.

⁴³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: fontes de obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. 3. p. 7.

negócios reais que se consideravam perfeitos mediante a entrega efetiva do objeto da prestação.

Em que pese a preponderância do princípio do consensualismo, em solo brasileiro, em verdade, tem-se que não se encontra de todo afastada a obediência ao formalismo, pois *“las formas no son nunca exigencias vacías de sentido, sino que determinan evidentemente ventajas”*⁴⁴, servindo, muitas vezes, como garantias à sociedade.⁴⁵

O que há de ser rechaçado então, pelo sistema, são as formalidades despidas de razão.⁴⁶ Assim, e como facilmente se denota, em que pese a forma livre ser a regra no direito privado, o princípio do formalismo coexiste com o primeiro sem que daí possam nascer seqüelas, não como outrora concebido enquanto pressuposto de existência, mas como elemento de validade ou requisito de eficácia do negócio jurídico.

Ato contínuo, tem-se que a forma poderá ser livre ou vinculada, sendo a primeira a regra e a segunda, exceção aceita pelo sistema, pois serve como baluarte à sociedade, posto que nestes casos busca a lei: *“(a) garantir a autenticidade do ato; (b) chamar a atenção das partes para a seriedade do que estão praticando; (c) facilitar a prova do negócio jurídico e (d) facilitar a publicidade do negócio jurídico.”*⁴⁷

Como se denota dos fundamentos que amparam os negócios formais, o legislador tem por escopo destacar a importância do negócio que estão a pactuar⁴⁸ e preservar o interesse dos negociantes, na medida em que resta mitigada a possibilidade de contaminação do negócio por algum defeito e ainda facilita-se da prova em caso de violação do negócio.

3- A NOVA ORDEM SOCIAL

Não se olvida que as revoluções nascidas no século XVIII são o marco inicial do estado liberal, apontando a mudança operada entre o regime feudal e a sociedade burguesa que ganha força amparada na idéia de igualdade formal e na postivação dos direitos e garantias de primeira geração.⁴⁹ Neste contexto, os princípios clássicos alimentaram-se das premissas que informaram o estado liberal e em campo fértil, alcançaram maturidade.

Sob o pálio das idéias de Kant, o homem estaria moralmente obrigado a construir um estado em que a liberdade e o bem comum sejam o princípio regulador, pois *“a lei da razão impõe, à liberdade, absoluta realização.”*⁵⁰ A história demonstrou que tal linha de raciocínio, no plano concreto, não subsistiu. Fruto de injustiças, a autonomia privada precisou ser revista.

Surge em substituição ao existente até então, um novo modelo de estado, agora denominado intervencionista, o qual mediante uma postura positiva, por meio da intervenção legislativa criou regramentos específicos que limitou o poder jurígeno

⁴⁴ DIEZ-PICAZO, Luis. **Fundamentos del derecho civil patrimonial: introducción, teoría del contrato**. Madrid: Civitas, 1996, v. 1. p. 249.

⁴⁵ AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 397.

⁴⁶ BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria geral do direito civil**. São Paulo: RED Editora, 2003. p. 233-234.

⁴⁷ AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 399-400.

⁴⁸ Como, por exemplo, nos testamentos.

⁴⁹ VON GEHLEN, Gabriel Mena Barreto. **O chamado direito civil constitucional**. In: COSTA, Judith Martins. (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 175.

⁵⁰ PEREIRA, Rosilene de Oliveira. **Reflexões sobre liberdade, moralidade e direito em Kant**. *Revista Brasileira de Filosofia*, São Paulo, v. 52, n. 28, p. 76-77.

dos negociantes, e para além disso, ampliou suas atividades promovendo rigoroso controle da economia⁵¹.

Observando-se que a ordem jurídica que prometia a igualdade política não era apta a ensejar a igualdade sócio-econômica, exigiu-se do estado novo comportamento, de modo que a partir deste momento histórico, passa a intervir nos negócios jurídicos, restringindo os limites da atuação da vontade das partes, permitindo muitas vezes a revisão ou a resilição dos contratos, por meio da intervenção do Poder Judiciário, fenômeno que se denominou dirigismo contratual⁵², e que tem por finalidade proteger o economicamente mais débil do jugo dos poderosos, minimizando as diferenças existentes no plano concreto.⁵³

Mesmo ante a adoção de tal postura, o estado continuou pactuando com uma crescente distorção social, pois a classe burguesa adaptou-se rapidamente ao rompimento havido e continuava a enriquecer em prejuízo do empobrecimento de grande parte da sociedade.

O modelo intervencionista apto a solucionar a questão pertinente ao controle da liberdade negocial outrora exercida de modo absoluto, não foi hábil para solucionar o cada vez mais gritante distanciamento havido entre os mais ricos e os mais pobres.

Surge então o um novo modelo de estado, com a missão de redistribuir o capital acumulado, repartindo os custos sociais⁵⁴ de modo a resgatar o mínimo de dignidade necessária a cada indivíduo como consequência de uma crescente preocupação da sociedade com o coletivo.⁵⁵

Observa-se que este novo arquétipo estatal traz consigo mudança de postura, que abandona a ética individual em que se focava a liberdade negocial em busca de uma ética social impregnada pelo solidarismo, impondo-se não apenas ao poder público, mas também à sociedade a responsabilidade pela existência de cada um dos seus componentes.⁵⁶

Efetivamente, este projeto social global passa gradualmente a exigir uma mudança de atitude, para hodiernamente, consagrar o ser social como centro do ordenamento, superando definitivamente o “individualismo selvagem” de modo a permitir que se alcancem “importantes resultados práticos”⁵⁷ na satisfação das necessidades humanas.

É exatamente este o contexto histórico em que o presente estudo se desenvolve, ambiente propício à revistação dos princípios clássicos que informam a

⁵¹ SILVEIRA, Michele Costa da. **As grandes metáforas da bipolaridade**. In: COSTA, Judith Martins (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 27.

⁵² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: fontes de obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. 3. p. 12.

⁵³ BRAVO, Maria Celina; SOUZA, Mário Jorge Uchoa. *O contrato do terceiro milênio*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2365>>. Acesso em: 12 de agosto de 2004.

⁵⁴ SILVEIRA, Michele Costa da. **As grandes metáforas da bipolaridade**. In: COSTA, Judith Martins (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 40.

⁵⁵ ALBUQUERQUE, Ronaldo Gatti de. **Constituição de codificação: a dinâmica atual do binômio**. In: COSTA, Judith Martins. (Org.) **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 75.

⁵⁶ VON GEHLEN, Gabriel Mena Barreto. **O chamado direito civil constitucional**. In: COSTA, Judith Martins. (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 175.

⁵⁷ KATAOKA, Eduardo Takemi. **Declínio do individualismo e propriedade**. In: TEPEDINO, Gustavo. *Problemas de Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 459.

nova ordem negocial, para remoldá-los às necessidades do homem de hoje, bem como campo fértil ao desenvolvimento de princípios outros, a serem a partir de agora analisados, cuja principal característica cinge-se à preocupação com o bem comum mediante a limitação do poder antes concedido aos sujeitos de direito.

4- DOS PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AOS CONTRATOS NA PÓS-MODERNIDADE E A CONSTRUÇÃO DE NOVOS ALICERCES

Não se pode olvidar que o Código Civil de 1916 fora concebido como centro gravitacional do ordenamento jurídico, e sem qualquer humildade, enquanto descendente nobre do liberalismo, fora erigido com a pretensão de dar soluções para todos os fatos concretos ocorridos no plano do *Sein* kelseniano, construído com paredes amalgamadas com as diretrizes emanadas do racionalismo, de modo hermético, sem a possibilidade da ingerência de valores outros que não os previstos nas regras positivadas no diploma civilista.

Ocorre que o castelo assim construído esteve, por muito tempo, a ponto de desmoronar por conta dos movimentos sísmicos do tempo, não tendo sido capaz de resolver os conflitos mais recentes da experimentação jurídica; e para além deste problema, por um lado, teve regras esvaziadas por conta do desuso⁵⁸, e de outro, viu muitas normas saturadas⁵⁹ ante a proliferação de comportamentos antijurídicos.⁶⁰

Observando os inconvenientes da sistematização das *fattispecies*⁶¹ o legislador passou a procurar novas soluções. O sistema de clausura que serviu de modelo às codificações oitocentistas precisava ser abandonado por não mais ser o padrão ideal a ser seguido.

Os conhecimentos na área médica, na biotecnologia, nas engenharias, dentre outras, crescem em progressão geométrica, e enquanto isso, a sociedade se viu por longa data de mãos atadas por conta de um texto pretensioso que não servia mais às necessidades de seu tempo. Fez-se necessária a busca por novas fontes em que se pudesse beber do direito.⁶²

A solução foi encontrada nas cláusulas gerais e nos conceitos indeterminados por meio delas positivados, e se não for a melhor, ao menos é mais adequada que a recém enterrada para suprir as necessidades dos jurisdicionados.

A técnica adotada pelo legislador contemporâneo difere da anterior, posto que propõe um sistema aberto, mediante a inserção de normas que não se limitam a ditar a exata conduta a ser observada pelas partes, mas sim que atuam servindo como balizas a dirigir a atividade exegética do juiz ao criar parâmetros para a valoração de comportamentos.⁶³

O atual estágio da *práxis* jurisdicional, mediante a incorporação dos valores presentes na Carta Magna, demonstra que as diretrizes ali contidas não

⁵⁸ A exemplo dos institutos do dote e da novação.

⁵⁹ NALIN, Paulo. **Introdução à problemática dos princípios gerais do direito e os contratos**. In: NALIN, Paulo (Org.). *Contrato & Sociedade*. Curitiba: Juruá, 2004. v. 1. p. 12.

⁶⁰ Exemplo disto esta na alteração da sanção aplicável à simulação, na medida em que a consequência antes prevista (desconstituição do negócio viciado) não foi capaz de inibir o comportamento dos indivíduos.

⁶¹ Estas consistem em modelos fechados, com uma solução específica para cada hipótese imaginada.

⁶² FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 65.

⁶³ TEPEDINO, Gustavo. O código civil, os chamados microssistemas e a constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: _____. **Problemas de direito civil constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.xix.

estão tão distantes da realidade social como possam crer alguns céticos; ao contrário, observa-se que por algum tempo, a Lei Maior acabou assumindo o papel (que é seu por excelência) outrora reservado ao Código Civil na tutela do ser humano⁶⁴, como por exemplo no direito de família, o que merece ser visto com bons olhos.

Sem quaisquer dúvidas pode frisar-se que o texto constitucional, enquanto norma superior, há de vincular toda a atividade do hermeneuta⁶⁵, contendo em si, efetiva “força geradora de direito privado”⁶⁶, rompendo assim com o dogma da supremacia da norma infraconstitucional, por muito tempo equivocadamente sustentado.

O negócio jurídico enquanto instrumento de realização da ordem econômica, é o meio adequado a facilitar a circulação de riquezas e a estimular a cadeia produtiva⁶⁷, operações que têm sua razão nas necessidades sociais do ser humano, eficacizando assim, os princípios gerais aplicáveis à matéria, previstos no artigo 170 do texto constitucional⁶⁸.

Por sua vez, a codificação privada atual inspira-se na Constituição Federal em duplice aspecto, já que absorve os valores e respeita as garantias fundamentais asseguradas aos sujeitos de direito, e ao mesmo tempo, utiliza-se da mesma técnica legislativa ao se apresentar como um sistema aberto, sustentado por suas cláusulas gerais e conceitos abertos a serem concretizados mediante a atuação sensível de um magistrado que deve conhecer as necessidades do seu tempo.⁶⁹

Rompe-se assim com o paradigma da perfeição geométrica desenhada pelos iluministas, inspirando-se na construção constitucional, rica em modelos abertos⁷⁰, buscando manter o sistema sempre vivo e oxigenado por valores meta-jurídicos, o que aliás já não vem sem tempo, considerando-se que os pandectistas germânicos sustentavam as vantagens das cláusulas gerais desde o final do século XIX, já que permitem uma interpretação não matemática do direito e ainda garantem vasta sobrevida à codificação.⁷¹

As cláusulas gerais adotadas pela Lei 10.406/02 impedem a proliferação de lacunas nascidas com o transcorrer da evolução social; dessarte, faz-se

⁶⁴ NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional**. Curitiba: Juruá, 2001. p. 101.

⁶⁵ SICCA, Gerson dos Santos. A interpretação conforme à Constituição – verfassungskonforme auslegung – no direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 36l, n. 143, p. 20, jul./set. 1999.

⁶⁶ PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria geral do direito civil**. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 72.

⁶⁷ ZINN, Rafael Wainstein. O contrato em perspectiva principiológica: novos paradigmas da teoria contratual. In: ARONNE, Ricardo. (Org.). **Estudos de direito civil constitucional**. Ricardo Aronne. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 141.

⁶⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 36, n. 141, p. 107, jan./mar. 1999.

⁶⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira. Responsabilidade pré-contratual no código de defesa do consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 18, p. 25-26, abr./jun. 1996.

⁷⁰ COSTA, Judith Martins. O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no projeto de código civil brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 35, n. 139, p. 6, jul./set. 1998.

⁷¹ STOCO, Rui. **Responsabilidade civil no código civil**. In: CONGRESSO SUL BRASILEIRO DE DIREITO, 2. *Palestra proferida*, Camburiú, 01-03 de abril, 2004.

necessária também a quebra do paradigma interpretativo, a se instrumentalizar por meio de uma reforma do comportamento exigido até então dos exegetas.⁷²

Este novo modelo, hodiernamente, dita que caberá ao juiz, por conta destas “chaves de abertura inseridas no sistema”, ditar não apenas a sanção (ainda que positiva) aplicável ao caso que lhe é submetido, mas criar o comando a ser observado pelos contratantes, por conta da necessidade de preencher a moldura normativa positivada no ordenamento, mas que dessarte, encontra-se desprovida de regra, partindo do texto constitucional na construção da norma aplicável ao caso concreto.^{73/74}

Mais próxima da realidade, a nova opção legislativa viabiliza a aplicação de preceitos principiológicos, permitindo ao julgador situar-se a uma menor distância do plano concreto, transformando-o em um agente político de elevada importância quando lhe outorga poderes para promover efetiva justiça distributiva com fulcro nas diretrizes estabelecidas pelo legislador.⁷⁵

Não se pode esquecer também, à luz dos ensinamentos de Menezes Cordeiro, que hodiernamente, qualquer defesa que pretenda sustentar a necessidade de uma interpretação puramente jurídica estará fadada ao insucesso, pois corresponderia a uma irreal abstração ante o corte que promoveria no plano concreto.⁷⁶

Em um exercício de superação e de transposição de paradigmas, o legislador responsável pelo nascimento da nova codificação, mostrou-se sensível às mutações sociais e à necessidade de concretização do ordenamento jurídico, optando por conceitos flexíveis como os “usos do lugar”, “circunstâncias do caso”, “equidade”, “desproporção manifesta”, que dentre outras expressões fluidas, permitem ao exegeta descer ao multifacetado plano do concreto⁷⁷, para decidir não mais, com base na letra fria da lei, mas sim, iluminado pelos valores que permeiam as relações sociais.

Resta esclarecer que a técnica legislativa utilizando cláusulas gerais, pretende promover a formulação mais genérica possível em busca de um único tratamento jurídico para toda uma gama de hipóteses semelhantes, contrapondo-se a elaboração casuística que de modo inverso restringe o universo de atuação da norma legal.⁷⁸ Como exemplo da primeira hipótese basta lembrar do teor do artigo 422 do Código Civil, aplicável indiscutivelmente a todos os negócios jurídicos nascidos em solo tupiniquim.

⁷² TEPEDINO, Gustavo. O código civil, os chamados microssistemas e a constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: _____. **Problemas de Direito Civil Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 10-11.

⁷³ NALIN, Paulo. A técnica de cláusulas gerais na matéria de contratos no código civil. In: CONGRESSO SUL BRASILEIRO DE DIREITO, 2. *Palestra proferida*. Camburiú, 01-03 de abril, 2004.

⁷⁴ COSTA, Judith Martins O novo código civil brasileiro: em busca da “ética da situação”. In: COSTA, Judith Martins; BRANCO, Gerson Luis Carlos. (Coord.). **Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 119.

⁷⁵ LISBOA, Roberto Senise. Prefácio. In: DINIZ, Maria Helena; LISBOA, Roberto Senise . (Coord.) **O direito civil no século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2003. p.xv e xvi.

⁷⁶ CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha Menezes e. **Tratado de direito civil português: parte geral**. Coimbra: Almedina, 2000. p. 536.

⁷⁷ COSTA, Judith Martins. **Comentários ao novo código civil: do inadimplemento das obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 5. t. 2. p. 8.

⁷⁸ MATTIETTO, Leonardo. O direito civil constitucional e a nova teoria dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de direito civil constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 173.

E é neste contexto que surgem novos princípios, ou talvez, é neste ambiente que normas sepultadas pelo individualismo ressurgem das cinzas, buscando promover o efetivo equilíbrio nas relações negociais, especialmente porque as diretrizes tradicionais não mais se mostram aptas a promover a distribuição efetiva de justiça social, valor de suma importância na contemporaneidade.

4.1- A BOA-FÉ OBJETIVA

Não se pode confundir o princípio em tela com a idéia de boa-fé subjetiva. Esta última atua no plano interno da psique humana, avaliando o conhecer ou não determinada situação fática, para daí extrair suas conseqüências⁷⁹, enquanto a primeira age em campo mais vasto, dentro de *standards* de conduta impostos aos sujeitos envolvidos nas relações negociais.

No Brasil, embora de uso consagrado pela doutrina e jurisprudência⁸⁰, a matéria não encontrou lugar na codificação civil há pouco enterrada e sua aplicação explícita se dá atualmente por força do artigo 422 do Código Civil, corrigindo a omissão legislativa anterior ao regram expressamente o princípio há algum tempo já utilizado na seara privada⁸¹, fenômeno observado por conta da influência de diversas codificações privadas nascidas em solo Europeu, dentre elas a alemã⁸², a portuguesa⁸³ e a italiana⁸⁴.

Ato contínuo, há de se destacar que o princípio da boa-fé objetiva merece ser lido dentro de seu contexto plurisignificativo, não podendo ser limitado a qualquer conceito reducionista, unívoco, sob pena de restrição de sua efetiva importância para o bem estar da teoria geral dos negócios jurídicos. Na lição de Judith Martins Costa, à idéia de boa-fé objetiva deve ser atribuída tríplice função, posto que serve como critério hermenêutico-integrativo no processo exegético dos negócios jurídicos; de cercania ao exercício pleno dos direitos subjetivos, e ainda, atua como fundamento de fecundação dos deveres laterais de conduta.⁸⁵

Quanto a primeira faceta, tem-se que a mesma impõe ao hermeneuta, quando se defronte com contradições ou obscuridades nas cláusulas negociais, especialmente se estas estiverem inseridas em contratos por adesão, o dever de utilizá-la como parâmetro de interpretação⁸⁶, imaginando como agiriam outros sujeitos probos e honrados em igual posição.

⁷⁹ POTHIER, Robert Joseph. **Tratado das obrigações**. Tradução Adrian Sotero De Witt Batista e Douglas Dias Ferreira. Campinas: Servanda, 2002. p. 53.

⁸⁰ Cf: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 107.211. 4ª T. Min. Ruy Rosado de Aguiar Junior. pub. 03/02/1997. p. 740.

⁸¹ COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 382.

⁸² Que trata da matéria no parágrafo 242 do BGB, dispondo que "o devedor está obrigado a executar a prestação como exige a boa-fé."

⁸³ ARTIGO 227º (Culpa na formação dos contratos) 1. Quem negocia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte.

⁸⁴ Art. 1375 *Esecuzione di buona fede. Il contratto deve essere eseguito secondo buona fede.*

⁸⁵ COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.428 e AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. *A boa-fé na relação de consumo*. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 14, p. 25, abr./jun. 1995.

⁸⁶ O Código Civil português regula a matéria no artigo 239 ao dispor que: ARTIGO 239º (Integração) Na falta de disposição especial, a declaração negocial deve ser integrada de harmonia com a vontade que as partes teriam tido se houvessem previsto o ponto omissis, ou de acordo com os ditames da boa fé, quando outra seja a solução por eles imposta.

Caberá então ao intérprete pautar-se não somente pela vontade dos sujeitos envolvidos na relação jurídica obrigacional, mas também, estabelecer o modelo de comportamento ideal aos homens de bem, para, com base nele, ordenar às partes a observância da regra de conduta construída com amparo no caso fático⁸⁷, interpretando o “contrato com base na lealdade e confiança”⁸⁸ que deve ser reciprocamente depositada pelos contraentes quando da formação da relação negocial que os ata.

Neste contexto, a boa-fé há de ser invocada ainda como instrumento hábil a suprir lacunas porventura existentes na relação negocial, podendo se imaginar, como exemplo cabível na hipótese, a compra de abadás, sem data aprazada para entrega, que mesmo assim, haverá de ser adimplido antes do carnaval, independentemente de notificação.

A segunda função da boa-fé é atuar como fator limitador do exercício de direitos subjetivos, posto que visa preservar a integridade das partes, impedindo assim, abusos que possam desnaturar o necessário equilíbrio entre as prestações. Isto quer significar a aceitação da intervenção de elementos externos atuando na intimidade da relação jurídica entabulada, limitando os efeitos da vontade manifestada por cada uma das partes que compõe a relação jurídica e o exercício dos direitos subjetivos daí derivados.⁸⁹

Assim, enquanto atua como norteadora das relações jurídicas, a boa-fé “limita, em certos casos, o exercício de direitos”⁹⁰, função deveras importante, pois diante dos fenômenos da funcionalização e da massificação do contrato, instrumentalizados mediante a estandardização das cláusulas contratuais, se fez necessária nova forma de controle das cláusulas negociais que, em princípio, à luz da teoria clássica, não poderiam ser objeto de discussão pelo aderente.⁹¹

A ramificação da boa-fé como limitadora do exercício de posições jurídicas, é notada no corpo da codificação privada em diversas passagens, dentre elas nos artigos 187, 330 e no § 1º do artigo 902.

Quanto a tripartição do tema em estudo, mencione-se por fim que a boa-fé atua também como fonte direta de deveres de conduta impostos às partes, sendo manacial dos deveres laterais de informação⁹², de advertência, de conservação, de proteção e de custódia⁹³, dos deveres de cuidado, de aviso e esclarecimento quanto ao adequado uso da coisa, de prestar contas, de colaboração e cooperação e omissão; dentre outros comportamentos exigidos dos contraentes.

Como se observa quanto a este aspecto, são tantas as obrigações que possuem gênese não na vontade humana, mas que nascem da contratação, que

⁸⁷ THEODORO JUNIOR, Humberto. **O contrato e seus princípios**. Rio de Janeiro: Aide, 2001. p. 54.

⁸⁸ Ibidem, p. 34.

⁸⁹ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de . *A boa-fé na relação de consumo*. **Revista de Direito do Consumidor**. n. 14, p. 24, abr./jun. 1995.

⁹⁰ COSTA, Judith Martins. Mercado e solidariedade social entre cosmos e táxis: a boa-fé nas relações de consumo. In:_____. (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 634.

⁹¹ AMARAL JUNIOR, Alberto do. A boa-fé e o controle das cláusulas contratuais abusivas nas relações de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 6, p. 29-30, abr./jun.1993.

⁹² ALTERINI, Atilio Anibal. Bases para armar la teoría general del contrato en el derecho moderno. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 19, p. 13, jul./set. 1996.

⁹³ TOMASETTI JUNIOR, Alcides. As relações de consumo em sentido amplo na dogmática das obrigações e dos contratos. **Revista de Direito do Consumidor**, SãoPaulo, n. 13, p. 16, jan./mar. 1995.

normalmente as partes apenas irão se aperceber acerca da existência dos deveres laterais que lhes foram impostos na hipótese de infração dos mesmos.

De fato, a proliferação dos deveres de conduta alheios a autonomia da vontade nasce da possibilidade cada vez mais ampla e concreta, por ocasião do adimplemento das prestações ajustadas, de que uma das partes cause danos à outra.⁹⁴ Como exemplos de deveres laterais podem ser pensados o dever do médico em não divulgar dados sigilosos acerca de entrevista anteriormente promovida com cliente infectado pelo HIV (sigilo) e o imposto ao comerciante no que tange a adequada informação sobre o uso dos produtos comercializados (informação).

Por hora, resta uma última questão a ser abordada, pois se faz necessário delimitar quais seriam os parâmetros para a adequada aplicação do princípio da boa-fé, e neste contexto, criar um modelo de conduta que sirva de referência. A tarefa é bastante complexa, pois é evidente que não se pode afirmar com segurança o que seria *homo probus* num universo de mais de cento e setenta milhões de habitantes espalhados por um território de dimensões continentais.

A aplicação da boa-fé impõe, é certo, a análise de um padrão geral de atuação, cuja pergunta chave se resume a: de que maneira agiria o *bonus pater familiae*? Qual seria sua conduta, “tendo em vista a valoração jurídica, histórica e cultural do seu tempo e de sua comunidade?”⁹⁵ A idéia por si só ainda é inábil a solucionar as indagações realizadas, pois não diz qual seria o parâmetro ideal, o comportamento paradigmático ou quem seria o ser humano ideal.

Na tentativa de construir uma resposta satisfatória, Paulo Nalin discorre sobre a aplicação subjetiva da boa-fé objetiva, defendendo que na concreção do princípio, o magistrado há de amparar-se em sua experiência social, fruto da necessária convivência com o mundo que o cerca, atividade desafiadora por conta de fatores como a extratificação⁹⁶ e a reclusão social. Certamente num contexto geográfico como o brasileiro, não se pode exigir um mesmo comportamento das pessoas que residem em pontos distantes, pois nascem em contextos culturais completamente distintos.

O princípio encontra-se posto, bastando agora aos operadores do direito que o utilizem com a necessária sensibilidade; preservando-se, obviamente, o respeito aos marcos objetivos e subjetivos que balizam o sistema.

4.2- A FUNÇÃO SOCIAL DO NEGÓCIO JURÍDICO

Diante do fenômeno denominado de constitucionalização do direito privado, a obediência à função social do contrato, elevada à seara da Carta Magna pátria, é orientação valiosíssima, pois “embora a livre iniciativa esteja prevista no *caput* do artigo 170 da Constituição, está ela associada à valorização do trabalho humano, na existência digna, consoante os ditames da justiça social.”⁹⁷

O paradigma a ser ora observado não é mais o do individualismo, mas sim o que tutela o bem estar social sendo ululante a preocupação renitente dos órgãos legiferantes de todo o sistema do *civil law* na manutenção de uma política

⁹⁴ CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha Menezes e. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 1984. v. 1. p. 616.

⁹⁵ LEWICK, Bruno. Panorama da boa-fé objetiva. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Problemas de direito civil e constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 56.

⁹⁶ NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional**. Curitiba: Juruá, 2001. p. 131.

⁹⁷ DONNINI, Rogério Ferraz. A Constituição Federal e a concepção social do contrato. In: VIANA, Rui Geraldo Camargo; NERY, Rosa Maria de Andrade. (Org.). **Temas atuais de direito civil na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 76.

dirigida à tutela dos interesses sociais em contraposição ao individualismo egoísta das codificações do passado.⁹⁸

Caminhando com o tema, é sabido que dentre outras, os contratos possuem três principais funções: a econômica, instrumento apropriado à livre circulação de riquezas; a regulatória, enfeixando direitos e obrigações assumidas pelas partes no livre exercício de suas vontades e, finalmente, a social, esquecida no modelo clássico que imperou até há pouco.⁹⁹

Muito embora bastante referenciada na atualidade, ainda não está pacificada a noção do que seja a função social do negócio jurídico, bem como não há concordância quanto a sua esfera de atuação¹⁰⁰, sendo imperiosa sua construção dogmática.

Sustenta-se que o princípio da função social há de ser lido como baliza a atuar quanto a tutela dos efeitos externos produzidos pelos negócios jurídicos, delimitando que estes não venham a produzir efeitos danosos ao interesse de terceiros ou da própria sociedade como um todo, muito embora, não sem fundamento, também se defenda que o princípio em questão há de ser focado ainda quanto aos efeitos intrapartes.¹⁰¹

O primeiro raciocínio é aparentemente mais coerente¹⁰², pois o negócio jurídico atinge sua função social quando o dever geral de não lesar a terceiros, condicionando a utilização do poder atribuído aos sujeitos pela autonomia privada.^{103/104}, havendo outros princípios a reger as relações jurídicas no seu âmbito interno, em especial a boa-fé objetiva.

Neste condão Humberto Theodoro Junior assevera que “se o legislador cuidou de disciplinar separadamente os dois princípios foi porque lhes reconheceu individualidade”, não cabendo ao exegeta reduzi-los a uma única base teórica¹⁰⁵, posição seguida por Judith Martins Costa ao lecionar que “correta está a doutrina que indica a “funcionalidade exógena” da função social, em contrapartida à “normatividade endógena” dos princípios da boa-fé e da autonomia privada”.¹⁰⁶

Há ainda quem defenda que se o negócio ajustado venha a ser adequadamente desempenhado, este não trará benefícios apenas aos contratantes, mas a toda coletividade situada no mesmo universo geográfico¹⁰⁷, dessarte, tal

⁹⁸ FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. O projeto do novo código civil e a tutela dos direitos individuais e coletivos. *Scientia Iuris: Revista do Curso de Mestrado em Direito Negocial da UEL*. Departamento de Direito Público e Departamento de Direito Privado. Londrina: Ed. da UEL, v. 1, n. 1, p. 54, 1997.

⁹⁹ BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. **Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo código civil**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 41.

¹⁰⁰ Cf: BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Ap. Cível 70005707641/2003. j. 25.03.2003.

¹⁰¹ NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional**. Curitiba: Juruá, 2001. p. 226.

¹⁰² THEODORO JUNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 13.

¹⁰³ SANTOS, Antônio Jeová. **Função social, lesão e onerosidade excessiva nos contratos**. São Paulo: Método, 2002. p. 127.

¹⁰⁴ REALE, Miguel. **Estudos preliminares do código civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 36.

¹⁰⁵ THEODORO JUNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 46.

¹⁰⁶ COSTA, Judith Martins. Notas sobre o princípio da função social dos contratos. **Revista Literária de Direito**. São Paulo: Edelbra, n. 53, p. 21, ago./set. 2004.

¹⁰⁷ USTÁRROZ, Daniel. **A responsabilidade contratual no novo código civil**. Rio de Janeiro: Aide, 2003. p. 31.

posição, parece bastante limitada diante da amplitude do princípio estudado; pois pode ser observado que um negócio fielmente desempenhado possa, ainda sim, ser prejudicial à coletividade.

A função social consiste assim na projeção de eficácia para além dos limites do negócio pactuado, pois estes, de um modo geral, afetam não apenas às partes, mas com maior ou menor intensidade, projetam-se em direção a terceiros, muitas vezes, produzindo efeitos em relação a estes.

Caso paradigmático, no que pertine a necessidade de observância à função social do contrato, é o relatado por Antônio Junqueira de Azevedo, acerca dos problemas surgidos com os chamados “postos de bandeira branca”, sustentando haver dever de indenizar imposto a terceira empresa do ramo de combustíveis, que utilizou a rede de distribuição de outra com a qual não possui qualquer relação negocial, ofendendo cláusula implícita de exclusividade, especialmente ante o fato de que aquela que teve seus direitos violados teria feito investimentos vultuosos nos seus “pontos de revenda” e que a marca da última estaria sendo utilizada indevidamente pela primeira em razão da segurança e garantia de negócios que oferece.¹⁰⁸

Hodiernamente a função social há de fazer presente em todas as relações negociais, dogma que se tornou inquestionável no atual contexto. Assim, terceiros lesados por negócios jurídicos nos quais não se façam presentes passam a ter seus interesses resguardados e tutelados pelo ordenamento jurídico.

4.3- A EQUIVALÊNCIA MATERIAL

O último, mas não menos importante, princípio a reger a nova teoria contratual versa acerca do necessário equilíbrio que há de estar presente nas relações jurídicas entabuladas pelas partes. A idéia de reciprocidade entre as prestações não é recente, como se pode extrair das palavras de Aristóteles ao sustentar que “o justo é uma das espécies do gênero proporcional”.¹⁰⁹ Outrossim, em que pese a inquietação relatada com o equilíbrio material, durante longa data, como já visto, por força do liberalismo, a vontade livremente manifestada foi sinônimo de justiça.

Em tempos atuais¹¹⁰, tendo-se por diretriz a tutela dos interesses da coletividade visando a redução das desigualdades, a equivalência concreta entre as prestações há de estar sempre presente em oposição ao individualismo egoísta que reinou após o Iluminismo.

Por óbvio, a aplicação do princípio em questão sempre haverá de trazer insegurança enquanto norma abstrata aplicável em busca do reequilíbrio dos contratos sujeitos aos abalos e movimentações econômicas; outrossim, nem por isso há de ser ignorado.¹¹¹ No Brasil, o Código de Defesa do Consumidor rompeu com o dogma da força obrigatória enquanto máxima inquestionável, dispondo que qualquer alteração da base negocial poderá ser utilizada como argumento para a alteração de

¹⁰⁸ AZEVEDO, Antônio Junqueira. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado: direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**, n. 791, p. 113-120, 1990.

¹⁰⁹ ARISTÓTELES. *Ética a nicômacos*. Tradução. Mário da Gama Kury. Brasília: UnB, 2001. p. 96.

¹¹⁰ Cf: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 376877. Rel. Min. Nancy Andrigui. pub. 24.06.02. p. 299.

¹¹¹ LORENZETTI, Ricardo. Redes contractuales conceptualización jurídica, relaciones internas de colaboración, efectos frente a terceros. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 28, p.36-37, out./dez. 1998.

cláusulas desfavoráveis ao consumidor; não havendo necessidade de alegar-se imprevisibilidade¹¹², mas tão somente fazendo-se necessária a demonstração de que a parte mais fraca na relação de consumo se viu obrigada a uma prestação desproporcional à vantagem auferida por conta de fatos ulteriores¹¹³ que alteraram a base negocial em seu desfavor.

Não menos correta é a afirmativa de que a Lei 8.078/90 resgata e consagra definitivamente no ordenamento pátrio a cláusula *rebus sic stantibus*, especialmente diante de obrigações de extrema onerosidade.¹¹⁴ Tal cláusula se encaixa com perfeição na noção de sinalagma funcional, em oposição ao genético e tem por intuito manter o equilíbrio das prestações através do tempo; especialmente nas hipóteses em que fatos futuros alterem as circunstâncias em que o consenso foi manifestado.¹¹⁵

Neste contexto, seguindo a diretriz da eticidade, a Lei 10.406/02 tutela os interesses das partes tanto no momento da formação do negócio jurídico como na fase de execução, certamente, tendo por *ratio legis* o escopo de diminuir as desigualdades e mitigar por consequência o princípio da força obrigatória dos contratos.

O estado de perigo e a lesão são espécies de vícios que infestam a vontade humana, nascendo, o primeiro instituto, da necessidade de resguardar a vida humana quando em conflito com outros bens jurídicos, eis que aquela é o que há de mais valioso para o direito; e o segundo, da premente necessidade ou inexperiência do contratante que se obriga a prestação manifestamente desproporcional. Evidente a necessidade de intervenção legislativa nas duas hipóteses, posto que a vontade nascida em tais situações certamente não estará desprovida de vícios.

O estado de perigo, tutela a vida¹¹⁶ pois no clímax de uma catástrofe, oferece-se o mundo na tentativa de preservar a si ou aos seus. Há de se ter em conta aqui a aplicação do texto constitucional, que atua como diretriz máxima do instituto em questão, já que a pessoa humana merece proteção absoluta do sistema.

Dignidade não é discurso ideológico nem espécie de enfeite, mas sim um princípio vivo, concreto, real, palpável e pleno, e que há de ser considerado em quaisquer situações¹¹⁷, não podendo se afastar da premissa que dispõe que o homem não existe apenas biologicamente e o “valor da pessoa consiste em ser mais que o mero existir, mas em ter domínio sobre a própria vida e esta superação e este domínio é a raiz da dignidade da pessoa”.¹¹⁸

¹¹² Cf: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 473140. 2ª Seção. Rel. Min. Aldir Passarinho Junior. pub. 04/08/03. p. 217.

¹¹³ TARTUCE, Flávio. *A revisão do contrato pelo novo código civil: crítica e proposta de alteração do art. 317 da lei 10.406/02*. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo. (Coord.). **Questões controvertidas no Novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2003. p. 139.

¹¹⁴ FILOMENO, José Geraldo Brito et. al. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998. p. 116.

¹¹⁵ MORAES, Renato José de. **Cláusula rebus sic stantibus**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 270-271.

¹¹⁶ SOUZA, Sylvio Capanema de. O impacto do novo código civil no mundo dos contratos. **Consulex; revista jurídica, Brasília**, v. 9, n. 176, p. 48, maio 2004. Sustenta o autor que “a noção de estado de perigo, como se percebe, está ligada, de maneira indissolúvel, à idéia de salvar a vida”.

¹¹⁷ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. Saraiva: São Paulo, 2002. p. 51.

¹¹⁸ PEREZ, Jesus Gonzales. **La dignidade de la persona**. [s.l.]: Civitas, 1968. p. 23.

A lesão, que esteve afastada do direito positivo por longa data, renasce com a magnitude merecida¹¹⁹, posto que visa, essencialmente, “à comutatividade, à equivalência das prestações, ao restabelecimento de uma equiparação de proveitos de uma e outra parte nos ajustes bilaterais”.¹²⁰

Em 1900, o Código Civil alemão que então entrava em vigor adotou a lesão, versando sobre a matéria em seu § 138, por meio do qual impôs a sanção de nulidade aos negócios jurídicos nos quais “uma das partes, explorando a necessidade, leviandade ou inexperiência da outra, obtém numa proporção chocante vantagem patrimonial excedente abusivamente ao valor da contraprestação.”¹²¹

A lesão pode ser pensada como o defeito na formação do negócio jurídico que atua descaracterizando a equivalência nas prestações a serem desempenhadas reciprocamente nos contratos comutativos¹²² ou mesmo nos aleatórios, e que por conseqüência, autoriza a revisão do negócio em busca do equilíbrio material entre as obrigações assumidas, desde que nascida num quadro de desproporção cultural entre os contraentes ou em razão da necessidade premente e ululante de um deles em resguardar valores como a integridade psicofísica ou a liberdade, seja de si próprio ou de terceira pessoa com quem haja algum vínculo.

A equivalência material há de estar presente ainda no momento da execução dos negócios, e se ampara nas teorias da onerosidade superveniente e da imprevisão, buscando resguardar assim o interesse do contratante que possa ser lesado pela alteração da base negocial; restando, autorizada a revisão do negócio por força do artigo 317, ou a resolução do pacto, quando o quadro fático se insira no contexto do artigo 478, ambos do Código Civil.

A conseqüente ausência, mesmo que superveniente, do equilíbrio financeiro na relação obrigacional, desvirtua o objeto desejado pelos sujeitos na medida em que “torna o liame iníquo por fator alheio ao ajuste”.¹²³

Por certo os institutos serão de grande valia na busca da efetiva justiça material, posto que construídos com o intuito de evitar distorções nos contratos de execução diferida ou continuada, sujeitos às nuances da economia.

5- CONCLUSÃO

Em análise perspectiva, observa-se que cada um dos princípios clássicos encontrou balizas, novos limites em seu campo de atuação, como as faces de um dado, que numa construção perfeita, não pode existir sem seus seis lados.

Excluído do raciocínio o princípio da liberdade das formas, tendência observada em todo o direito privado, os demais princípios são como faces de um mesmo dado. A autonomia da vontade, fonte suprema da autonomia privada se encontra localizada no verso da boa-fé; a força obrigatória dos contratos encontra sustentação na equivalência material e o princípio da relatividade dos efeitos ainda vive, mas deve ser lido à luz da função social; e vice-versa.

¹¹⁹ POTHIER, Robert Joseph. **Tratado das obrigações**. Tradução Adrian Sotero De Witt Batista e Douglas Dias Ferreira. Campinas: Servanda, 2002. p. 54.

¹²⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Lesão nos contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 159.

¹²¹ BARROS, Maria Accacia Silva. **A lesão nos contratos e a restrição da capacidade contratual**. Campinas: LZN, 2003. p. 43.

¹²² GARCIA, Izner Hanna. **Lesão nos contratos e ação de revisão: doutrina e jurisprudência**. Rio de Janeiro: Aide, 2001. p. 143.

¹²³ LISBOA, Roberto Senise. **Contratos difusos e coletivos: consumidor, meio ambiente, trabalho, agrário, locação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 218.

Não há como se pensar na incidência da boa-fé objetiva, se a vontade não puder ser livremente manifestada. Não há segurança jurídica se a força obrigatória for ignorada e por consequência não se pode sustentar equilíbrio se inexistir segurança jurídica. Também não há necessidade de tutela da sociedade se antes não se resguardar o interesse dos contratantes, impondo-lhes os efeitos nascidos da palavra empenhada.

Neste contexto resta evidente que na medida em que não há hierarquia entre os princípios analisados, todos deverão ser sopesados conjuntamente, iluminados sob a inspiração do princípio da proporcionalidade, instrumento hábil a resolver eventuais conflitos no processo de criação do direito no caso concreto.

6- REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. *A boa-fé na relação de consumo*. **Revista de Direito do Consumidor**. n. 14, abr./jun. 1995.

ALTERINI, Atilio Anibal. Bases para armar la teoría general del contrato en el derecho moderno. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 19, jul./set. 1996.

AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tradução Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969. t. 1.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria geral do direito civil**. São Paulo: RED Editora, 2003.

BUSSATA, Eduardo Luiz. *Teoria da ineficácia do negócio jurídico*. In: CATALAN, Marcos Jorge (Org.). **Negócio jurídico: aspectos controvertidos à luz do novo código civil**. Leme: Mundo Jurídico, 2004.

COELHO, Luiz Fernando. **Teoria crítica do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha Menezes e. *Direito das obrigações*. Lisboa: **Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa**, 1986. v. 1.

_____. **Tratado de direito civil português: parte geral**. Coimbra: Almedina, 2000.

COSTA, Judith Martins. O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no projeto de código civil brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 35, n. 139, jul./set. 1998.

_____. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Comentários ao novo código civil: do inadimplemento das obrigações.** Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 5. t. 2.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações.** Coimbra: Almedina, 1994.

DIEZ-PICAZO, Luis. **Fundamentos del derecho civil patrimonial: introducción, teoría del contrato.** Madrid: Civitas, 1996, v. 1 e 2.

DONNINI, Rogério Ferraz. A Constituição Federal e a concepção social do contrato. In: VIANA, Rui Geraldo Camargo; NERY, Rosa Maria de Andrade. (Org.). **Temas atuais de direito civil na Constituição Federal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FERREYRA, Edgard. **Principales efectos de la contratación civil.** Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1978.

GOMES, Orlando. **Contratos.** Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 43.

LEWICK, Bruno. Panorama da boa-fé objetiva. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Problemas de direito civil e constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

LISBOA, Roberto Senise. Prefácio. In: DINIZ, Maria Helena; LISBOA, Roberto Senise. (Coord.) **O direito civil no século XXI.** São Paulo: Saraiva, 2003.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa,** Brasília, v. 36, n. 141, jan./mar. 1999.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución.** Barcelona: Ariel, 1970.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil: obrigações em geral.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000. v. 2.

LORENZETTI, Ricardo. Redes contractuales conceptualización jurídica, relaciones internas de colaboración, efectos frente a terceros. **Revista de Direito do Consumidor,** São Paulo, n. 28, out./dez. 1998.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade.** São Paulo: Saraiva, 2000.

NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional.** Curitiba: Juruá, 2001.

_____. **Introdução à problemática dos princípios gerais do direito e os contratos.** In: NALIN, Paulo (Org.). *Contrato & Sociedade.* Curitiba: Juruá, 2004. v. 1.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações.** São Paulo: Saraiva, 2004.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. Saraiva: São Paulo, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Lesão nos contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PEREZ, Jesus Gonzales. **La dignidade de la persona**. [s.l.]: Civitas, 1968.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria geral do direito civil**. Coimbra: Coimbra, 1992.

POTHIER, Robert Joseph. **Tratado das obrigações**. Tradução Adrian Sotero De Witt Batista e Douglas Dias Ferreira. Campinas: Servanda, 2002.

REALE, Miguel. **Estudos preliminares do código civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SOUZA, Sylvio Capanema de. O impacto do novo código civil no mundo dos contratos. **Consulex; revista jurídica, Brasília**, v. 9, n. 176, maio 2004.

TEPEDINO, Gustavo. O código civil, os chamados microssistemas e a constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: _____. **Problemas de direito civil constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **O contrato e seus princípios**. Rio de Janeiro: Aide, 2001.

_____. **O contrato e sua função social**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TOMASETTI JUNIOR, Alcides. As relações de consumo em sentido amplo na dogmática das obrigações e dos contratos. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 13, jan./mar. 1995.

VARELA, Antunes. **Direito das obrigações: conceito, estrutura e função da relação obrigacional, fontes das obrigações, modalidades das obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v.1.