



Diretora da Sede Administrativa: Silmara Juny de Abreu Chinellato e Almeida

Diretores de Eventos: Heloisa Carpena Vieira de Mello e Luiz Gustavo Grandinetti de Carvalho

Diretor de Comunicação: Ronaldo Porto Macedo Junior

Diretor de Assuntos Internacionais: Antonio Herman Vasconcelos e Benjamin

Diretora de Assuntos Legislativos: Fátima Nancy Andrighi

Diretores para o Mercosul: José Reinaldo Lima Lopes e Roberto Augusto Castelanos Pfeiffer

Diretores de Apoio à Universidade, Pesquisa e Projetos: Adalberto de Souza Pasqualotto e Alberto do Amaral Junior

Diretores de Apoio à Magistratura: Eládio Luiz da Silva Lecey e Virgílio Fernandes Macedo Junior

Diretores de Apoio ao Ministério Público: Duciran Van Marsen Farena e Marco Antonio Zanellato

Diretores de Apoio à Advocacia Pública: Mariângela Sarrubbo e Daniel Firmato Almeida da Glória

Diretores de Apoio às Associações de Defesa do Consumidor: Dulce Soares Pontes Lima e Andrea Lazzarini Salazar

Diretores de Apoio nos Procons: Maria Inês Fornazaro e Maria Teresa Mormillo

Membros da Comissão Permanente de Responsabilidade Civil do Fornecedor: Gustavo Mendes de Aguiar e Sérgio Cavalieri Filho

Membros da Comissão Permanente do Consumidor de Defesa: Ana Carolina de Lana Martins da Costa

Membros da Comissão Permanente de Controle das Atividades Abusivas: Paulo Luiz Neto e Rosana Grinberg

BRASILEIRO DE POLÍTICA CONSUMIDOR

Ruimgrangeiro Luiz Antônio, 22, sala 104-I,
(11) 3106-7411 – Fax (11) 3107-3821

brasilcon.org.br
brasilcon@uol.com.br

(2000-2002)

Coordenador: João Batista de Almeida

Coordenadora: Luiz Felipe Salomão

Coordenadora: Rosana Grinberg

Coordenador: Antônio Joaquim Fernandes Neto

Coordenadora: Evelena Boening

Diretores da Comissão Permanente de Acesso à Justiça: Rodolfo de Camargo Mancuso e Teori Albino Zavaski

Diretores da Comissão Permanente Meio Ambiente e Consumidor: Ivete Senise Ferreira e Roberto Senise Lisboa

Diretores da Comissão Permanente de Controle de Marketing: Maria Elisabete Vilaça Lopes e Paulo Jorge Scartezzini Guimarães

Diretores da Comissão Permanente da Concorrência: João Bosco Leopoldino da Fonseca e Rodrigo Janot Monteiro de Barros

Diretora das Câmaras Técnicas: Maria Lúcia Zulfke

Diretores da Região Sul: Guinter Spode e Voltaire de Lima Moraes

Diretoras da Região Sudeste: Amanda Flávio de Oliveira e Maria Stella Gregori

Diretores da Região Nordeste: Raimundo Gomes de Barros e Isaías Lins

Diretores da Região Norte: Liana Mendonça de Souza e Alcino de Oliveira Moraes

Diretor Regional Centro-Oeste: Guilherme Fernandes Neto

CONSELHO FISCAL

Joel Dias Figueira Júnior, Francisco José Moesch, Nildo Nery dos Santos, Carlos Alberto Salles, Silvio Luis Ferreira da Rocha e Ricardo Arnaldo Malheiros Fiúza.

CONSELHO CONSULTIVO

Elisa Silva Ribeiro Batista de Oliveira, Eduardo Arruda Alvim, Maria Elizabete Vilaça Lopes, Marielena Lazzarini, Paulo S. Frontini, Teresa Celina Arruda Alvim Wambier, Sidnei A. Benetti, Teresa Ancona Lopes, Antonio Carlos Marcato, James Marcos Deise Gogliano, Antonio Ezequiel, Onelia Setubal Queiroga, Antonio Queiroga, Gilberto Martins Antonio Guilherme Tanger Jardim, Antonio Jairo Dall'Agnol Júnior e Caetano Levi.

ISSN 1415-7705

REVISTA DE DIREITO DO CONSUMIDOR 42



Ano 11 • abril-junho de 2002

Publicação oficial do
BRASILCON
Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

- JAYME, Erik. “Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado”. *RT* 759/24-40, ano 88, jan. 1999.
- LORENZETTI, Ricardo. “Redes contractuales: conceptualización jurídica, relaciones internas e colaboración, efectos frente a terceros”. *Revista de Direito do Consumidor* 28, out.-dez. 1998.
- MARQUES, Claudia Lima. “A responsabilidade do transportador aéreo pelo fato do serviço e o Código de Defesa do Consumidor”. *Revista de Direito do Consumidor* 3/155-197, set.-dez. 1992.
- . “Contratos bancários em tempos pós-modernos – Primeiras reflexões”. *Revista de Direito do Consumidor* 25/19-38, jan.-mar. 1998.
- . “Direitos básicos do consumidor na sociedade pós-moderna de serviços: o aparecimento de um sujeito novo e a realização de seus direitos”. *Revista de Direito do Consumidor* 35/61-96, jul.-set. 2000.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 1999.
- MATTOS, José Dalmo Fairbanks Belfort de. “O desastre aéreo em Abidjam, na Costa de Marfim”. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial* 52/169-184, abr.-jun. 1990.
- MOTA, Octanny Silveira da. “As ‘disposições gerais’ do Código Brasileiro de Aeronáutica. Visão crítica”. *Revista de Direito Civil* 42, out.-dez. 1987.
- . “Responsabilidade do transportador aéreo por atraso”, *RT* 340/29-36.
- NÓBREGA, Airton Rocha. “Overbooking e reparação de danos” <<http://www.jus.com.br>>.
- REICH, Norbert. “Algumas proposições para a filosofia da proteção do consumidor”. *RT* 728/11-36, jun. 1996.
- SANTOS, Eduardo Sens dos. “Considerações acerca da responsabilidade civil decorrente de extravio de bagagem aérea” <<http://www.jus.com.br>>.
- TOLLE, Paulo Ernesto. “Aviação, propriedade e soberania sobre o espaço”. *RT* 315/470-483.
- VELOSO, Zeno. “Fato jurídico – Ato jurídico – Negócio jurídico”. *Revista de Direito Civil* 74/84-94, out.-dez. 1995.
- WACHTEL, Joaquim. “A história da Lufthansa, Deutsche Lufthansa AG”, Colônia, 1980.

2. DOCTRINA NACIONAL

2.6

PRINCÍPIOS SOCIAIS DOS CONTRATOS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E NO NOVO CÓDIGO CIVIL

PAULO LUIZ NETTO LÔBO

SUMÁRIO: 1. Situando o problema no âmbito do Estado social – 2. Princípios sociais dos contratos – 3. A matéria como está prevista no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil – 4. Princípio da função social do contrato – 5. Princípio da equivalência material; 6. Princípio da boa fé objetiva nos contratos em geral – 7. Conclusão.

1. Situando o problema no âmbito do Estado social

O que mudou, relativamente aos princípios fundamentais do contrato, com o advento do Código Civil de 2002? Teriam eles repercutido nos contratos de consumo? Pretendo demonstrar, neste trabalho, ainda que de modo amplo, que há muito mais aproximações que divergências, pois ambos os diplomas legais pretendem ser fieis instrumentos de aplicação dos princípios que se consolidaram no Estado social.

O Estado social, sob o ponto de vista do Direito, deve ser entendido como aquele que acrescentou à dimensão política do Estado liberal (limitação e controle do poderes políticos e garantias aos direitos individuais, que atingiu seu apogeu no século XIX) a dimensão econômica e social, mediante a limitação e controle dos poderes econômicos e sociais privados e a tutela dos mais fracos. O Estado social se revela pela intervenção legislativa, administrativa e judicial nas atividades privadas. As Constituições sociais são assim compreendidas quando regulam a ordem econômica e social, para além do que pretendia o Estado liberal.

Para alguns, impressionados com o fenômeno crescente da globalização econômica e com a crise do Estado social, a partir da década de 80 do século passado, já se cogitaria de um Estado pós-social.¹ Firmando posição na controvérsia, entendo que não há, rigorosamente, Estado pós-social, ao menos sob o ponto de vista jurídico. A crise do Estado social foi aguçada pela constatação dos limites

⁽¹⁾ Cf. André Jean Arnaud. *O direito entre modernidade e globalização*, Trad. Patrice Charles Wuillaume, Rio de Janeiro: Renovar, 1999. Habermas reage, com fina ironia, contra os que já vêem “pós” quando estamos em pleno “ainda”. Cf. *The new conservatism*, Cambridge: MIT Press, 1990. p. 3-5.

das receitas públicas para atendimento das demandas sociais, cada vez mais crescentes. Portanto, a crise situa-se na dimensão da ordem social insatisfeita (garantia universal de saúde, educação, segurança, previdência social, assistência aos desamparados, sobretudo), ou do Estado-providência. No que respeita à ordem econômica, todavia, a crise é muito mais ideológica que real, pois dirige-se à redução do Estado empreendedor ou empresário e do garantismo legal. Mas, na medida em que o Estado substitui seu papel de empreendedor para o de regulador da atividade econômica, permanece intacta a natureza intervencionista da ordem econômica constitucional, ou a "mão visível" do Estado. O Estado regulador fortalece ainda mais o processo de intervenção legislativa, administrativa e judicial nas atividades econômicas, máxime das empresas concessionárias de serviços públicos, que lidam com coletividades de adquirentes ou utentes. O paradoxo atual, que confunde tantos espíritos, pode ser assim esquematizado: a intervenção jurídica cresce na proporção da redução da atividade econômica estatal e do conseqüente aumento dos poderes privados nacionais e transnacionais.

Outro ponto merecedor de esclarecimento inicial diz com a identificação do campo de aplicação do novo Código Civil em relação ao Código de Defesa do Consumidor. À partida, esclareça-se que, em nenhuma matéria, o novo Código altera ou extingue as normas próprias de Direito do consumidor, pois estas são especiais em face daquele, entendido como norma geral. Um dos critérios clássicos de superação das antinomias jurídicas (aparentes, como lembra Norberto Bobbio,² pois solúveis) é a da especialidade, mediante a qual a norma especial não é revogada pela norma geral, ficando esta como supletiva, assegurando-se àquela a precedência. A relação contratual de consumo não se confunde com a relação contratual comum a que se destina o Código Civil. Portanto, o Código de Defesa do Consumidor não foi modificado pelo novo Código Civil, permanecendo aquele a regular os contratos de consumo e este, os contratos comuns civis e mercantis.

2. Princípios sociais dos contratos

No que concerne aos princípios do contrato, são notáveis as aproximações entre os dois códigos. E a causa reside no fato de ambos pretenderem realizar o ideário do Estado social, distanciando-se do individualismo acentuado que marcou as opções do Código Civil de 1916, fruto do contexto histórico do liberalismo do século XIX e do início do século XX, cuja ideologia foi nele estabelecida.

O firme propósito de trazer o novo Código Civil ao contexto e à ideologia da terceira fase histórica do Estado Moderno (as três fases corresponderiam às do Estado absolutista, do Estado liberal e do Estado social) foi sempre destacado

⁽²⁾ *Teoria do ordenamento jurídico*, Trad. Maria Celeste C. J. Santos, Brasília: Polis, 1989, p. 92.

pelos autores do projeto, nomeadamente por Miguel Reale, quando se refere à diretriz de "socialidade",³ que o teria informado.

Esse breve pano de fundo contribui para esclarecer a força crescente dos princípios contratuais típicos do Estado social, que, de um modo ou de outro, compõem nos códigos brasileiros referidos. São eles:

- a) princípio da função social do contrato;
- b) princípio da boa-fé objetiva;
- c) princípio da equivalência material do contrato.

Os princípios sociais do contrato não eliminam os princípios liberais (ou que predominaram no Estado liberal), a saber, o princípio da autonomia privada (ou da liberdade contratual em seu tríplice aspecto, como liberdades de escolher o tipo contratual, de escolher o outro contratante e de escolher o conteúdo do contrato), o princípio de *pacta sunt servanda* (ou da obrigatoriedade gerada por manifestações de vontades livres, reconhecida e atribuída pelo Direito) e o princípio da eficácia relativa apenas às partes do contrato (ou da relatividade subjetiva); mas limitaram, profundamente, seu alcance e seu conteúdo.

3. A matéria como está prevista no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil

No Código de Defesa do Consumidor os princípios estão referidos no art. 4.º, não especificamente dos contratos, mas do sistema nacional das relações de consumo. Há uma certa imprecisão entre o que denomina princípios e as diretrizes gerais contidas no mencionado artigo. As expressões empregadas no referido artigo podem ser agrupadas segundo a classificação dos princípios sociais adotada neste trabalho:

- a) "compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica": esse trecho do inc. III do art. 4.º, implicitamente, conduz ao princípio da função social;
- b) "transparência", "boa-fé", "informação": princípio da boa-fé;
- c) "vulnerabilidade", "harmonização dos interesses", "equilíbrio nas relações": princípio da equivalência material.

O Código de Defesa do Consumidor, no capítulo específico da proteção contratual, especialmente no art. 51 (cláusulas abusivas), menciona o princípio da boa-fé e expressões enquadráveis no princípio da equivalência material, como

⁽³⁾ *O projeto do Código Civil*, São Paulo: Saraiva, 1986, p. 9. Miguel Reale prefere denominar a autonomia privada de "poder negocial" que dá origem ao contrato, como expressão peculiar do normativo, que não é apenas legislativo, na seqüência do que ministrou Kelsen.

“equidade”, “equilíbrio contratual”, “justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes”.

O novo Código Civil traz menção expressa à “função social do contrato” (art. 421) e, nesse ponto, foi mais incisivo que o Código de Defesa do Consumidor. Também fica consagrada, definitivamente e pela primeira vez na legislação civil brasileira, a boa-fé objetiva, exigível tanto na conclusão quanto na execução do contrato (art. 422). A referência feita ao princípio da probidade é abundante, uma vez que se inclui no princípio da boa-fé, como adiante se demonstrará. No que toca ao princípio da equivalência material, o Código o incluiu, de modo indireto, nos dois importantes artigos que disciplinam o contrato de adesão (arts. 423 e 424), ao estabelecer a interpretação mais favorável ao aderente (*interpretatio contra stipulatorem*), já prevista no art. 47 do CDC, e ao declarar nula a cláusula que implique renúncia antecipada do contratante aderente a direito resultante da natureza do negócio (cláusula geral aberta, a ser preenchida pela mediação concretizadora do aplicador ou intérprete, caso a caso).

Os princípios sociais adotados aproximam, muito mais do que se imaginava, os dois códigos. A tendência, portanto, é o desaparecimento progressivo da distinção dos regimes jurídicos dos contratos comuns e dos contratos de consumo, ao menos no que concerne a seus princípios e fundamentos básicos.

A utilização de princípios e cláusulas gerais sempre foi vista com muita reserva pelos juristas, ante sua inevitável indeterminação de conteúdo e, no que concerne ao hegemônico individualismo jurídico do Estado liberal, o receio da intervenção do Estado nas relações privadas, por meio do juiz. Todavia, para a sociedade em mudanças, para a realização das finalidades da justiça social e para o trato adequado do fenômeno avassalador da massificação contratual e da parte contratante vulnerável, constituem eles ferramentas hermenêuticas indispensáveis e imprescindíveis.

4. Princípio da função social do contrato

O princípio da função social determina que os interesses individuais das partes do contrato sejam exercidos em conformidade com os interesses sociais, sempre que estes se apresentem. Não pode haver conflito entre eles, pois os interesses sociais são prevaletentes. Qualquer contrato repercute no ambiente social, ao promover peculiar e determinado ordenamento de conduta e ao ampliar o tráfico jurídico.

Para Miguel Reale, o contrato nasce de uma ambivalência, de uma correlação essencial entre o valor do indivíduo e o valor da coletividade. “O contrato é um elo que, de um lado, põe o valor do indivíduo como aquele que o cria, mas, de outro lado, estabelece a sociedade como o lugar onde o contrato vai ser executado e onde vai receber uma razão de equilíbrio e medida”.⁴

⁴ Op. cit., p. 10.

No período do Estado liberal a inevitável dimensão social do contrato era desconsiderada para que não prejudicasse a realização individual, em conformidade com a ideologia constitucionalmente estabelecida; o interesse individual era o valor supremo, apenas admitindo-se limites negativos gerais de ordem pública e de bons costumes, não cabendo ao Estado e ao Direito considerações de justiça social.

A função exclusivamente individual do contrato é incompatível com o Estado social, caracterizado, sob o ponto de vista do Direito, como já vimos, pela tutela explícita da ordem econômica e social na Constituição. O art. 170 da Constituição brasileira estabelece que toda a atividade econômica – e o contrato é o instrumento dela – está submetida à primazia da justiça social. Não basta a justiça comutativa que o liberalismo jurídico entendia como exclusivamente aplicável ao contrato.⁵ Enquanto houver ordem econômica e social haverá Estado social; enquanto houver Estado social haverá função social do contrato.

Com exceção da justiça social, a Constituição não se refere explicitamente à função social do contrato. Fê-lo em relação à propriedade, em várias passagens, como no art. 170, quando condicionou o exercício da atividade econômica à observância do *princípio da função social da propriedade*. A propriedade é o segmento estático da atividade econômica, enquanto o contrato é seu segmento dinâmico. Assim, a função social da propriedade afeta necessariamente o contrato, como instrumento que a faz circular.

Tampouco o Código de Defesa do Consumidor o explicitou, mas não havia necessidade, porquanto ele é a própria regulamentação da função social do contrato nas relações de consumo.

No novo Código Civil a função social surge relacionada à “liberdade de contratar”, como seu limite fundamental. A liberdade de contratar, ou autonomia privada, consistiu na expressão mais aguda do individualismo jurídico, entendida por muitos como o toque de especificidade do Direito privado. São dois princípios antagônicos que exigem aplicação harmônica. No Código a função social não é simples limite externo ou negativo, mas limite positivo, além de determinação do conteúdo da liberdade de contratar. Esse é o sentido que decorre dos termos “exercida em razão e nos limites da função social do contrato” (art. 421).

O princípio da função social é a mais importante inovação do Direito contratual comum brasileiro e, talvez, a de todo o novo Código Civil. Os contratos que

⁵ Não é por acaso que um dos maiores teóricos do neoliberalismo, Frederick Hayeck, entende que a justiça social é o principal obstáculo a ser removido. Cf. *Liberalismo: palestras e trabalhos*, Trad. Karin Strauss, São Paulo, Centro de Estudos Políticos e Sociais, 1994. p. 51. Em visão claramente maniqueísta, diz que “ao contrário do socialismo, deve ser dito que o liberalismo se dedica à justiça comutativa, porém não àquilo que se denomina justiça distributiva ou, mais recentemente, justiça ‘social’”. Para ele, em uma ordem econômica baseada no mercado, o conceito de justiça social não tem sentido, nem conteúdo. No jogo econômico, somente a conduta dos jogadores pode ser justa, não o resultado.

não são protegidos pelo Direito do consumidor devem ser interpretados no sentido que melhor contemple o interesse social, que inclui a tutela da parte mais fraca no contrato, ainda que não configure contrato de adesão. Segundo o modelo do Direito constitucional, o contrato deve ser interpretado em conformidade com o princípio da função social.

O princípio da função social do contrato harmoniza-se com a modificação substancial relativa à regra básica de interpretação dos negócios jurídicos introduzida pelo art. 112 do novo CC, que abandonou a investigação da intenção subjetiva dos figurantes em favor da declaração objetiva, socialmente aferível, ainda que contrarie aquela.

5. Princípio da equivalência material

O princípio da equivalência material busca realizar e preservar o equilíbrio real de direitos e deveres no contrato, antes, durante e 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 ordinária. O princípio clássico *pacta sunt servanda* passou a ser entendido no sentido de que o contrato obriga as partes contratantes nos limites do equilíbrio dos direitos e deveres entre elas.

Como visto acima, no Código de Defesa do Consumidor recebeu denominações diversas e difusas, voltadas ao equilíbrio e à equidade, enquanto o novo Código Civil apenas o introduziu explicitamente nos contratos de adesão. Observe-se, todavia, que o contrato de adesão disciplinado pelo Código Civil tutela qualquer aderente, seja consumidor ou não, pois não se limita a determinada relação jurídica como a de consumo.

Esse princípio abrange o princípio da vulnerabilidade jurídica de uma das partes contratantes, que o Código de Defesa do Consumidor destacou.

O princípio da equivalência material rompe a barreira de contenção da igualdade jurídica e formal, que caracterizou a concepção liberal do contrato. Ao juiz estava vedada a consideração da desigualdade real dos poderes contratuais ou o desequilíbrio de direitos e deveres, pois o contrato fazia lei entre as partes, formalmente iguais, pouco importando o abuso ou exploração da mais fraca pela mais forte.

O princípio da equivalência material desenvolve-se em dois aspectos distintos: subjetivo e objetivo. O aspecto subjetivo leva em conta a identificação do poder contratual dominante das partes e a presunção legal de vulnerabilidade. A lei presume juridicamente vulneráveis o trabalhador, o inquilino, o consumidor, o aderente de contrato de adesão. Essa presunção é absoluta, pois não pode ser afastada pela

apreciação do caso concreto. O aspecto objetivo considera o real desequilíbrio de direitos e deveres contratuais que pode estar presente na celebração do contrato ou na eventual mudança do equilíbrio em virtude de circunstâncias supervenientes que levem a onerosidade excessiva para uma das partes.

6. Princípio da boa-fé objetiva nos contratos em geral

A boa-fé objetiva é regra de conduta dos indivíduos nas relações jurídicas obrigacionais. Interessam as repercussões de certos comportamentos na confiança que as pessoas normalmente neles depositam.⁶ Confia-se no significado comum, usual, objetivo da conduta ou comportamento reconhecível no mundo social. A boa-fé objetiva importa conduta honesta, leal, correta. É a boa-fé de comportamento.

A boa-fé objetiva não é princípio dedutivo, não é argumentação dialética; é medida e diretiva para pesquisa da norma de decisão, da regra a aplicar no caso concreto, sem hipótese normativa preconstituída,⁷ mas que será preenchida com a mediação concretizadora do intérprete-julgador.

O novo Código Civil brasileiro (art. 422) refere-se a ambos os contratantes do contrato comum civil ou mercantil, não podendo o princípio ser aplicado preferencialmente ao devedor, neste caso segundo a regra contida no art. 242 do CC alemão. Nas relações de consumo, todavia, ainda que o inc. III do art. 4.º do CDC cuide de aplicá-lo a consumidores e fornecedores, é a estes que ele se impõe, principalmente, em virtude da vulnerabilidade daqueles. Por exemplo, no que concerne à informação, o princípio da boa-fé volta-se em grande medida ao dever de informar do fornecedor.

Além dos tipos legais expressos de cláusulas abusivas, o Código de Defesa do Consumidor fixou a boa-fé como cláusula geral de abertura, que permite ao aplicador ou intérprete o teste de compatibilidade das cláusulas ou condições gerais dos contratos de consumo. No inc. IV do art. 51, a boa-fé, contudo, está associada ou alternada com a equidade (“...com a boa-fé ou a equidade”), a merecer consideração. No que respeita aos princípios do contrato a equidade não se concebe autonomamente, mas como critério de heterointegração tanto do princípio da boa-fé quanto do princípio da equivalência material. O juízo de equidade conduz o juiz às proximidades do legislador, porém limitado à decidibilidade do conflito determinado na busca do equilíbrio dos poderes contratuais. Apesar de

⁶ Para Menezes Cordeiro (*Da boa-fé no direito civil*, Coimbra: Almedina, 1997, p. 1.234) a confiança exprime a situação em que uma pessoa adere, em termos de atividade ou de crença, a certas representações, passadas, presentes ou futuras, que tenha por efetivas. O princípio da confiança explicitaria o reconhecimento dessa situação e a sua tutela.

⁷ Cf. Luigi Mengoni. “Spunti per una teoria delle clausole generali”, *Il principio de buona fede*, Milano: Giuffrè, 1987, p. 10.

trabalhar com critérios objetivos, com *standards* valorativos, a equidade é entendida no sentido aristotélico da justiça do caso concreto. O juiz deve partir de critérios definidos referenciáveis em abstrato, não os podendo substituir por juízos subjetivos de valor.

Por seu turno, o art. 422 do CC de 2002 associou ao princípio da boa-fé o que denominou de princípio da probidade (“... os princípios da probidade e boa-fé”). No Direito público a probidade constitui princípio autônomo da Administração Pública, previsto explicitamente no art. 37 da Constituição, como “princípio da moralidade” a que se subordinam todos agentes públicos. No Direito contratual privado, todavia, a probidade é qualidade exigível sempre à conduta de boa-fé. Quando muito seria princípio complementar da boa-fé objetiva, ao lado dos princípios da confiança, da informação e da lealdade. Pode dizer-se que não há boa-fé sem probidade.

Outro ponto relevante, em que se nota certa aproximação entre os dois códigos, é o dos limites objetivos do princípio da boa-fé nos contratos. A melhor doutrina tem ressaltado que a boa-fé não apenas é aplicável à conduta dos contratantes na execução de suas obrigações, mas aos comportamentos que devem ser adotados antes da celebração (*in contrahendo*) ou após a extinção do contrato (*post pactum finitum*). Assim, para fins do princípio da boa-fé objetiva são alcançados os comportamentos do contratante antes, durante e após o contrato. O Código de Defesa do Consumidor avançou mais decisivamente nessa direção, ao incluir na oferta toda informação ou publicidade suficientemente precisa (art. 30), ao impor o dever ao fornecedor de assegurar ao consumidor cognoscibilidade e compreensibilidade prévias do conteúdo do contrato (art. 46), ao tornar vinculantes os escritos particulares, recibos e pré-contratos (art. 48) e ao exigir a continuidade da oferta de componentes e peças de reposição, após o contrato de aquisição do produto (art. 32).

O novo Código Civil não foi tão claro em relação aos contratos comuns, mas, quando se refere amplamente à conclusão e à execução do contrato, admite a interpretação em conformidade com o atual estado da doutrina jurídica acerca do alcance do princípio da boa-fé aos comportamentos *in contrahendo* e *post pactum finitum*. A referência à conclusão deve ser entendida como abrangente da celebração e dos comportamentos que a antecedem, porque aquela decorre destes. A referência à execução deve ser também entendida como inclusiva de todos os comportamentos resultantes da natureza do contrato. Em suma, em se tratando de boa-fé, os comportamentos formadores ou resultantes de outros não podem ser cindidos.

7. Conclusão

Os princípios sociais dos contratos ingressaram no novo Código Civil uma década após o advento do Código de Defesa do Consumidor e quase um século de concepção e vigência do anterior Código Civil, cuja ideologia liberal e oitocentista tornou-se incompatível com a ideologia constitucionalmente estabelecida desde a Carta de 1934, quando se inicia o Estado social brasileiro. Ao longo do século XX a convivência da Constituição social com o Código liberal gerou impasses e contradições, cujo fosso foi aprofundado com o Código de Defesa do Consumi-

dor, com a distinção que se impôs entre contratos comuns civis e mercantis e contratos de consumo (a grande maioria). Aos primeiros a difícil aplicação dos princípios sociais dos contratos deveu-se ao esforço argumentativo de parte da doutrina voltada à constitucionalização do Direito civil, cujo principal postulado reside na eficácia imediata e prevalente das regras e princípios constitucionais sobre o Direito infraconstitucional, que melhor reproduzem os valores existentes na sociedade no seu momento histórico.

A introdução explícita dos princípios sociais do contrato no novo Código Civil chega com atraso de várias décadas e, por ironia da história, quando se fala em crise do Estado social. Parece, contudo, que a regulação da atividade econômica, para conter ou controlar os abusos dos poderes privados, é uma conquista de que as sociedades organizadas não pretendem abrir mão. Sobretudo quando se assiste ao crescimento da concentração empresarial e de capital e da vulnerabilidade das pessoas que não detêm poder negocial, principalmente ante a utilização massiva de contratos de adesão a condições gerais unilateralmente predispostas.

Os princípios liberais do contrato (liberdade de contratar, *pacta sunt servanda* e relatividade subjetiva) afirmaram a liberdade individual, contribuindo para o controle dos poderes públicos, mas foram insuficientes para controlar os abusos dos poderes privados.

Por essa razão, assumiu importância no Estado social a consideração da vulnerabilidade em que se encontram as pessoas em certas situações negociais. A vulnerabilidade jurídica vai além da debilidade econômica da parte contratante, pois interessa ao poder negocial dominante, ou seja, aquela que se presume em posição de impor sua vontade e seu interesse à outra. A presunção é definida em lei, como se dá com o consumidor, no Código de Defesa do Consumidor, e com o aderente, no novo Código Civil. A presunção é absoluta e não pode ser contrariada pela consideração do caso concreto. O consumidor e o aderente, ricos ou pobres, são juridicamente vulneráveis, pois submetidos ao poder negocial da outra parte.

Os três princípios sociais dos contratos (função social, equivalência material e boa-fé objetiva) são comuns a todos os contratos, ainda quando não se configure o poder negocial dominante. Porém, nas hipóteses em que há presunção legal de sua ocorrência, alguns princípios complementares adquirem autonomia e com eles se equiparam. Tal se dá com os princípios da vulnerabilidade e da informação, nas relações de consumo, os quais, no plano geral, desdobram os princípios da equivalência material e da boa-fé. No Direito do consumidor ainda se cogita do princípio da razoabilidade, que atuaria como condição e limite dos princípios da equivalência material e da vulnerabilidade; a defesa do consumidor e a interpretação favorável vão até os limites da razoabilidade.

A compreensão que se tem hoje dos princípios sociais do contrato não é mais de antagonismo radical aos princípios liberais, pois estes, como aqueles, refletiram etapas da evolução do Direito e do Estado moderno. No Estado social os princípios liberais são compatíveis quando estão limitados e orientados pelos princípios sociais, cuja prevalência se dá quando não são harmonizáveis.