

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC-SP

Elisandra Cristina Barbosa

A boa-fé na relação contratual e o princípio da confiança

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO

2008

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC-SP

Elisandra Cristina Barbosa

A boa-fé na relação contratual e o princípio da confiança

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito (Direito das Relações Sociais) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob orientação do Professor Doutor Renan Lotufo.

SÃO PAULO

2008

BANCA EXAMINADORA

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais e irmãos, pelo amor incondicional e incentivo e apoio irrestritos.

Ao Eddy, pela compreensão e afago nos momentos difíceis e por me ensinar a enxergar a beleza da simplicidade da vida.

Ao Prof. José Manoel, à Dra. Thereza e aos demais colegas de escritório Arruda Alvim, com quem tenho a honra de poder trabalhar já há alguns anos, registro minha gratidão, pela possibilidade de aprimoramento incessante, incentivo ao estudo e pelo apoio para a conclusão do presente trabalho.

Em especial, agradeço ao Prof. Renan Lotufo, pelo aprendizado instigante de suas aulas, que culminaram com a elaboração deste trabalho, e pelo exemplo de mestre, cuja dedicação ao estudo do direito civil nos desperta o prazer de aprender cada vez mais.

RESUMO

O presente estudo centra-se na análise da evolução da relação contratual, com enfoque no aspecto da boa-fé e sua ligação com o princípio da confiança. Para tanto, faz-se necessária uma análise histórica acerca da concepção dos contratos, desde o individualismo decorrente dos anseios libertários da Revolução Francesa, até os dias atuais, que apresenta uma sociedade diversificada, provida de meios de informação e comunicação cada vez mais velozes, com a relativização de conceitos como tempo e espaço. A boa-fé, antes destinada apenas a casos específicos e atrelada ao aspecto psicológico do sujeito, passou a ter, assim, uma relevância maior para a sociedade. Após os horrores produzidos por duas guerras mundiais, o Estado passou a interferir nas relações sociais, havendo a preponderância do interesse público sobre o privado, alterando-se a concepção patrimonialista, com a centralidade do ordenamento no indivíduo. A atuação dos princípios nas codificações posteriores possibilitou o desenvolvimento, integração e complementação do direito, principalmente com a adoção das cláusulas abertas e, substituição à técnica da casuística. A cláusula geral de boa-fé inserida no art. 422 do Código Civil de 2002, que é prevista também no Código Civil Italiano de 1942, apresenta funções interpretativa, supletiva e de controle das chamadas cláusulas abusivas. A confiança assume especial relevo, sendo concebida como fundamento do ordenamento, a fim de justificar a possibilidade de convivência social. A declaração contratual, assim, visa a proteção da confiança do destinatário porque a relevância, em relação a terceiros, das deficiências ocultas da declaração prejudicaria a certeza e segurança das relações, sendo necessária a averiguação da comunicação estabelecida entre as partes para a caracterização da expectativa legítima. Os deveres oriundos da boa-fé objetiva, que devem estar presentes em todos as fases da relação contratual, podem influenciar na validade ou na eficácia da relação em caso de violação, dependendo do estágio da relação entre as partes, impondo o sistema a adoção de uma conduta ética pelas partes, no respeito aos interesses alheios.

Palavras-chave: boa-fé objetiva - princípio da confiança - expectativa legítima

A boa-fé na relação contratual e o princípio da confiança

Elisandra Cristina Barbosa

Abstract

The present study focuses on the analyses of the evaluation on contractual relationship, highlighting in the aspect of good-faith and its connection with the reliability principle. Thus, a historical analyses on the contracts conception is necessary, from the individualism resulted from the French Revolution libertarians yearnings to nowadays, in which a diversified society is presented, proven of information and communication means faster and faster, and the relativization of concepts such as time and space. The good-faith, previously only used to specific cases and related to the psychological aspects of the human being, started to have a broader dimension to society. After the horrifying scenes produced by two world wars, the State began to interfere in social relationships, overcoming private interests by the public one, changing the patrimonialist concept with the centrality of the individual regulation. The acting of principles in further codifications made the development, integration and complementation of rights possible, mainly with the adoption of open articles and, substitution of the casuistic technique. The general article of good-faith inserted in the article 422 of the Civil Code of 2002, also foreseen in the Italian Civil Code of 1942, presents interpretative, complete functions and well as of control of abusive articles. Reliability assumes a special scenario, being conceived as the regulation basis, in order to justify the possibility of social interaction. The contractual declaration, strive for the reliability protection of the consignee because relevance, in relation to the others, of declaration hidden deficiency would injure the certainty and safety of relationships, making necessary the inquiry of the established communication among parties to characterize a true expectation. The duties generated from objective good-faith, which must be present in all steps of contractual relationship, can influence in the validity and efficiency in the relationship in cases of violation, depending on the stage among parties, imposing the adoption of an ethical behavior by the parties, in respect to the interest of the others.

Key words: objective good-faith – reliability principle – heir's legal expectation

Good-faith in contractual relationship and the reliability principle

Elisandra Cristina Barbosa

SUMÁRIO

1 - Introdução	09
2 - O CONTRATO E SUA TRANSFORMAÇÃO HISTÓRICA	
2.1 - Da Idade Média ao Período Moderno.....	12
2.2 - Estado Liberal e Direito.....	17
2.3 - Pós-Revolução Industrial.....	22
2.4 – O Estado Social.....	24
2.5 - A Constitucionalização do Direito Civil.....	27
3 - ATUAL PANORAMA DO ORDENAMENTO PÁTRIO	
3.1 - A Finalidade do Direito.....	32
3.1 - Breves Considerações Sobre Princípios E Cláusulas Gerais.....	34
3.3 - Das Orientações Normativas Emanadas pela Constituição Federal De 1988.....	48
3.3.1 - O princípio da dignidade humana.....	50
3.3.2 – O princípio da liberdade.....	54
3.3.3 - O princípio da solidariedade.....	55
3.3.4 - O princípio da livre iniciativa e da livre concorrência.....	59
4 - A RELAÇÃO CONTRATUAL REVISTA	
4.1 – Atuais Contornos Da Nova Realidade Contratual.....	62
4.2 - O Princípio Da Autonomia Privada.....	65
4.3 - O Princípio Da Justiça Social Ou Equilíbrio Contratual.....	73

4.4 - O princípio Da Boa-Fé Objetiva.....	79
---	----

5 - A CONCEPÇÃO DE BOA-FÉ NO ORDENAMENTO CIVIL ITALIANO

5.1 - Importância E Valoração Do Comportamento Das Partes Segundo Paradigmas Previstos No Código Civil Italiano.....	98
--	----

5.2 - O comportamento Das Partes Segundo As Orientações Constitucional Italiana E Comunitária Européia.....	101
---	-----

6 - A CONFIANÇA COMO PRESSUPOSTO DA BOA-FÉ

6.1– A Necessária Eficiência Funcional Entre As Fontes Normativas.....	106
--	-----

6.2 - A Confiança Como Princípio Informador Da Relação Contratual.....	109
--	-----

6.3 - Teoria Contratual : Do Voluntarismo À Confiança.....	114
--	-----

6.4 - A Validade Do Ato Comunicacional Para O Estabelecimento Da Relação De Confiança E A Conseqüente 'Expectativa Legítima'.....	120
---	-----

7 - CONSEQÜÊNCIAS DA QUEBRA DE CONFIANÇA

7.1 – Considerações Gerais.....	126
---------------------------------	-----

7.2 – Efeitos Decorrentes Da Não Observância Do Dever De Boa-Fé Na Fase Pré-Contratual.....	127
---	-----

7.3 – A Quebra Da Confiança No Decorrer Da Relação Contratual.....	129
--	-----

7.4 – Conseqüências Da Quebra Após A Execução Do Contrato.....	131
--	-----

Conclusão.....	133
----------------	-----

Referências bibliográficas

1 - INTRODUÇÃO

A complexidade e o dinamismo das relações sociais da era atual demonstram uma realidade sem precedentes.

Realmente, são inegáveis as transformações sociais havidas nos últimos tempos, o que acabou, via de consequência, por refletir nas relações contratuais, remetendo o estudioso do Direito, assim, a uma reflexão sobre as premissas que informam o instituto.

De fato, a questão da autonomia da vontade para a celebração de avenças, assim como o cumprimento da obrigação livremente assumida, se mostram questões tormentosas diante das mudanças sofridas pelo ordenamento jurídico vigente e das soluções que reclamam as singulares relações fáticas que se apresentam, principalmente se se considerar o fenômeno da massificação, *internet* e globalização, assim como as diferentes classes sócio-econômico-culturais oriundas do aumento populacional ocorrido no último século.

A par disso, a mudança no panorama jurídico brasileiro em razão do advento da Constituição Federal de 1988, verdadeiro vetor de novos princípios, tendo como centro o pleno desenvolvimento do ser humano, para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, aliada à edição, em 2002, do Código Civil, enseja uma releitura do sistema por parte de todos os operadores do Direito, com intuito de, mediante o debate científico, serem desvendadas e assentadas as orientações sugeridas pela nova lei.

Realmente, não é fácil a tarefa da Ciência do Direito, de regulação, no tempo, de uma sociedade em constante evolução, que se mostra extremamente dinâmica e globalizada, caracterizada por uma população de diferentes níveis sociais e culturais, mas que anseia -- e necessita de -- segurança jurídica.

Os contratos, como fonte remota de desenvolvimento da sociedade, mediante relações de troca, se apresentam com uma nova estrutura, tendo, diante da técnica aberta da boa-fé, utilizada pelo Código Civil de 2002, no art. 422, a função de cumprir objetivos sociais eleitos pelo sistema.

Assim, pretende o presente estudo, conforme se observa do conteúdo do primeiro capítulo, uma análise da evolução do ordenamento jurídico, desde a antiguidade até os dias atuais, examinando-se a mitigação do princípio da autonomia da vontade, como forma de combate à desigualdade substancial entre as partes, com o reclamo de uma posição mais ativa do Estado conferindo ao leitor uma visão histórica, a fim de melhor se compreender a realidade atual.

Dessa forma, se passará a abordar no segundo capítulo uma visão sobre o ordenamento jurídico pátrio, especialmente no que se refere aos essenciais princípios constitucionais que orientam e informam a relação contratual com ênfase para diferenciação entre os sistemas fechados e abertos, a fim de, então, focar a adoção pelo ordenamento vigente das denominadas cláusulas abertas.

Posteriormente, serão abordados os vetores que informam a nova realidade contratual, principalmente após a edição do Código Civil em 2002, aprofundando-se no estudo da boa-fé, desde sua origem, enfatizando suas funções: interpretativa, supletiva e de controle das chamadas cláusulas abusivas.

A fim de se traçar um paralelo com a doutrina estrangeira, serão analisadas, no quarto capítulo, a importância e valoração do comportamento das partes na relação obrigacional de acordo com o Código Civil Italiano.

Diante da vaga redação utilizada pelo legislador pátrio quanto à boa-fé, prevista no art. 422 do Código Civil, pretende-se com o presente trabalho, à luz da função supletiva da boa-fé, especialmente em razão dos chamados deveres acessórios, laterais ou secundários, se analisar a importância da conduta das partes na relação contratual para o Direito, com vista a justificar a aplicação de referido preceito desde a fase preliminar das negociações até o posterior cumprimento do contrato.

A especial contribuição do trabalho a ser desenvolvido, finalmente, será a análise da estreita ligação entre o princípio da boa-fé objetiva e o princípio da confiança, aprofundando-se o estudo do estabelecimento desta última, abordando de os aspectos da geração e proteção da denominada 'expectativa legítima', assuntos estes que serão abordados no quinto capítulo.

Por fim, no sexto capítulo tecer-se-á considerações sobre a complexa tarefa de interpretação do comportamento das partes em caso de alegação de eventual violação dos deveres acessórios nas fases em que se desdobram a relação contratual, a fim de avaliar suas conseqüências.

A pesquisa pelo tema objeto do presente trabalho surgiu a partir da leitura da obra de Cláudia Lima Marques, sobre a nova realidade contratual no âmbito eletrônico, na qual, de forma sucinta, aborda a confiança como o paradigma-mãe da boa-fé¹, o que revela a verdadeira mudança das concepções antes estabelecidas, imposta pela alteração da realidade fática atual.

Diante desta nova realidade social, as convicções restam abaladas, pelo que se faz interessante notar a observação de A. Manuel Hespanha, para quem “o panorama intelectual – também no direito e na economia – têm evoluído de uma sensibilidade ‘moderna’ para uma sensibilidade ‘pós-moderna’. No direito, tem-se evoluído da idéia de certeza dos princípios e das soluções jurídicas (modernismo) para a de uma mera *solução razoável*, exigida pela indeterminação, complexidade e necessidade de contextualização das sociedades de hoje (pós-modernas)”².

¹ MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor (um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico)**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 47.

² HESPANHA, Antonio Manuel. **O caleidoscópio do direito. O direito e a justiça no dias e no mundo de hoje**. Coimbra: Edições Almedina, 2007. p. 213.

2 – O CONTRATO E SUA TRANSFORMAÇÃO HISTÓRICA

2.1 - Da Idade Média ao Período Moderno

Antes da existência dos Estados, ou seja, na fase primitiva da civilização dos povos, não existia um direito prevalecente sobre a vontade individual, sendo que reinavam os ímpetus individualistas com a preponderância do mais forte sobre o mais tímido.

Realmente, a submissão do mais fraco pode ser observada desde os primórdios. Desde a época feudal, cuja sociedade era constituída basicamente por sacerdotes, guerreiros e trabalhadores, havia a submissão do mais frágil, pois estes últimos produziam para o consumo de todos e, trabalhando arduamente em suas faixas de terras, conseguiam arrancar do solo apenas o suficiente para uma vida miserável, tendo, ainda, que trabalhar nas terras do Senhor sem qualquer pagamento, além de estarem submetidos a inúmeras potestades, sempre em privilégio dos interesses do Senhor Feudal³.

Um dos efeitos mais importantes do comércio que se inicia na era feudal, na época à base de troca, foi o crescimento das cidades. De fato, a proliferação de mercantes desencadeou o aparecimento dos burgos que, ávidos pela libertação das imposições dos senhores feudais, aos poucos, foram conquistando liberdades de forma a manter a paz na cidade, pois esta apresentava problemas diversos, vez que contava com maiores riquezas e população móvel, diferentes das aldeias feudais.

Nesse contexto, os poucos direitos que mercadores e cidades conquistaram refletiam a importância crescente do comércio como fonte de riqueza, em contraste com a riqueza em terras. Ou seja, a evolução da sociedade alterou a medida da riqueza do homem – passando de valor estático, fixo para valor fluido, móvel, alterando-se, por conseqüência, a escala social. Entre sacerdotes, guerreiros e

³ HUBERMAN, Leo. **História da riqueza do homem**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1980. p. 12-15. Outros interessantes aspectos desta época de total submissão aos interesses do detentor pleno da propriedade são demonstrados de maneira clara pelo autor, podendo-se citar os seguintes: as terras do Senhor eram as mais importantes e tinham que ser cuidadas em primeiro lugar; sua produção era vendida em primeiro lugar no mercado local; os camponeses deveriam deixar seu trabalho para atender a reparos na propriedade; exigia-se

senhores feudais, surgia, assim, a classe média, vivendo de uma nova forma, da compra e venda⁴, sendo este o embrião de nossa sociedade capitalista.

Conforme aduz Menezes Cordeiro, a cultura reinante na Europa medieval implicou seu Direito, sendo este um produto histórico, com influência do Direito Romano e do Direito Canônico, além das soluções próprias, não redutíveis a contribuições de outras culturas⁵.

Destacando o fenômeno da recepção⁶, destaca Cordeiro que, na época, a recepção do Direito romano foi, pois, a cientificação do Direito europeu, operada através da redescoberta da Ciência Jurídica romana, consubstanciada no *Corpus Iuris Civilis*, devendo ser sublinhado o papel da Igreja e dos estudiosos medievais, pois a divulgação e posterior assimilação da Ciência Jurídica romana foram em especial obra sua, eis que o Direito romano proporcionava soluções idôneas para os problemas postos aos juristas da época⁷.

Interessante notar que as universidades disseminadas na Europa durante a Idade Média, formaram juristas que, munidos de capacidade de fundar teórica e logicamente soluções os conflitos da vida, ocuparam postos diversos nas administrações régias, territoriais e das cidades, sendo que quando alcançaram postos nas administrações da justiça, a recepção estava consumada⁸.

Por outro lado, com o início da circulação de riquezas mediante operações econômicas é que ressalta a importância do papel dos contratos no mundo social e, via de consequência, no mundo jurídico.

pagamento para a utilização de moinho ou prensa do Senhor, de forma que ilimitadas as imposições do senhor feudal ao camponês.

⁴ HUBERMAN, Leo. **História da riqueza do homem**. 16ª edição. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1980. p. 44.

⁵ CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 178.

⁶ Com apoio em Wieacker, destaca referido autor que o direito, é forma de existência social expressa no comportamento de todos e de cada um, sendo susceptível de aprendizagem, residindo aí o segredo da recepção, ou seja, de um estágio acentuado na Idade Média em que os litígios eram resolvidos irracionalmente, passou-se, pelo estudo, à pesquisa de formas racionais de composição, surgindo a Ciência. A recepção do Direito romano foi a divulgação da Ciência do Direito. (CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Cit. p. 179).

⁷ CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 183.

⁸ CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 182.

Isto porque, como bem asseverado por Enzo Roppo, “disse-se que o contrato é a veste jurídico-formal de operações económicas. Donde se conclui que onde não há operação económica, não pode haver também contrato”⁹.

Paralelamente, a vagarosa conquista pelos servos da liberdade no âmbito da estrutura feudal, dada a possibilidade da terra poder ser comprada, vendida e trocada livremente, como qualquer outra mercadoria, determinou o fim do antigo mundo feudal.

A partir daí, a evolução da indústria contribuiu com acentuado destaque, visto que a elaboração de mercadorias por antigos artesãos passou paulatinamente para a indústria, a par das corporações e posteriores associações que determinaram, somente, a passagem de poder do senhor feudal para os burgueses mais ricos, revelando-se patente, ainda, a opressão dos mais fracos.

Referida situação, por óbvio não passou imune a uma série de levantes, perdendo as cidades o poder até então conhecido para um duque, um príncipe ou um rei mais forte dos até então conhecidos e que estivesse unificando num Estado nacional, regiões até então desorganizadas¹⁰.

Referido período assinala a elaboração de uma forma específica de organização do poder, voltada à garantia e conservação da paz, tendo por fundamento o poder unitário, totalitário e absoluto, concentrado na pessoa do príncipe e executado por uma máquina administrativa atuante nos planos jurídico, político e sociológico¹¹.

O desenvolvimento do modelo de poder absoluto culmina, finalmente, no século XVIII, com o que seria admitido posteriormente, como o símbolo que deu início à Idade Contemporânea, momento em que se revela a importância dos contratos enquanto meio de circulação de riquezas.

Nesta ocasião o governo Francês apresentava uma séria crise financeira, em razão de insensata administração, privilegiando o clero e a nobreza, chamados

⁹ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 1988. p. 11.

¹⁰ HUBERMAN, Leo. **História da riqueza do homem**. 16ª edição. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1980. p. 77.

¹¹ RANIERI, Nina Beatriz. **Do estado liberal ao estado contemporâneo. Notas sobre os processos de exaustão dos modelos políticos e da ordem jurídica**. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo: RT, nº 36, p. 136-161, 2001. p. 136.

de Primeiro e Segundo Estados, respectivamente. Não obstante a França, na época, detivesse, segundo Jacques Necker, metade do numerário existente na Europa¹², o Estado era pobre diante de um país rico, o que significava a necessidade de recolher maior quantidade de dinheiro em impostos.

Assim, como as classes privilegiadas não contribuía com sua parte, impondo, ao contrário, taxas próprias aos plebeus, e, ainda, como os membros mais ricos do Terceiro Estado – povo (artesãos, camponeses e burguesia), conseguiam, por caminhos tortuosos, isentar-se dos impostos diretos, todo o peso recaía sobre os mais pobres. A par disso, a classe burguesa desejava que seu poder político correspondesse ao poder econômico então conquistado. Era dona de propriedades e queria agora os privilégios, com a certeza de que sua propriedade estivesse livre de restrições sujeitas pela decadente sociedade feudal¹³.

Nesse contexto foi que em 1788, na França, o Rei, em contraposição à resistência do Segundo Estado, ou seja, da nobreza que resistia ao pagamento de impostos, dobrou a representação do povo, Terceiro Estado, o que culminou, em 1789, com a instalação de uma Assembléia Constitucional, liderada pela burguesia, que cancelou todos os direitos feudais e promulgou, com inspiração na Revolução das Colônias Norte Americanas de 1774, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, sob a inspiração do lema " Liberdade, Igualdade e Fraternidade " e com a queda do maior símbolo de poder do absolutismo, a Bastilha, centro de prisões políticas.

Referido fato, representava uma grande mudança social, pois o homem-cidadão sucedia ao homem-súdito¹⁴. A teleologia de poder sobre a sociedade evoluiu, passando a ter o Homem como centro.

Bonavides, com apoio na análise de Kelsen sobre a evolução conceitual do jusnaturalismo, ressalta a vitória do direito natural dos homens, como a mais necessária e conservadora das doutrinas, em contraste com o vencido absolutismo, fundado na doutrina da monarquia divina¹⁵.

¹² http://pt.wikipedia.org/wiki/Revolu%C3%A7%C3%A3o_Francesa acesso em 13.02.2008

¹³ HUBERMAN, Leo. **História da riqueza do homem**. 16ª edição. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1980. p. 157 e 160.

¹⁴ BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 30.

¹⁵ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 1988. p. 42.

Interessante notar que no preâmbulo da DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO DE 1789, restaram assentados os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, concretizando a inclusão do indivíduo no centro e poder:

Os representantes do povo francês, constituídos em ASSEMBLÉIA NACIONAL, considerando que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas das desgraças públicas e da corrupção dos Governos, resolveram expor em declaração solene os Direitos naturais, inalienáveis e sagrados do Homem, a fim de que esta declaração, constantemente presente em todos os membros do corpo social, lhes lembre sem cessar os seus direitos e os seus deveres; a fim de que os actos do Poder legislativo e do Poder executivo, a instituição política, sejam por isso mais respeitados; a fim de que as reclamações dos cidadãos, doravante fundadas em princípios simples e incontestáveis, se dirijam sempre à conservação da Constituição e à felicidade geral. Por consequência, a ASSEMBLEIA NACIONAL reconhece e declara, na presença e sob os auspícios do Ser Supremo, os seguintes direitos do Homem e do Cidadão: Artigo 1º- Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundar-se na utilidade comum. Artigo 2º- O fim de toda a associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses Direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.

E, conforme ressalta Enzo Roppo, não pode atribuir-se ao mero acaso o fato das primeiras elaborações da moderna teoria do contrato, devidas aos jusnaturalistas do século XVII e em particular ao holandês Grotius, terem lugar numa época e numa área geográfica que coincidem com a do capitalismo nascente; assim como não é por acaso que a primeira grande sistematização legislativa do direito dos contratos (levada a cabo pelo Código Civil francês, *Code Napoleon*, de 1804) é substancialmente coeva do amadurecimento da revolução industrial, constitui o fruto político directo da revolução francesa, e, portanto, da vitória histórica conseguida pela classe – a burguesia – à qual o advento do capitalismo facultou funções de direcção e domínio de toda a sociedade ¹⁶.

Após a revolução, três partidos começam a surgir do Terceiro Estado com opiniões diversificadas: girondinos, que representavam a alta burguesia e queriam evitar uma participação maior dos trabalhadores urbanos e rurais na política; jacobinos, representantes da baixa burguesia e defendiam uma maior participação popular no governo; e os republicanos, que liderados por Robespierre, defendiam profundas mudanças na sociedade que beneficiassem os mais pobres.

¹⁶ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 1988. p. 25/26.

Em 1795, os girondinos, representantes da alta burguesia, vencendo a liderança conquistada pelos republicanos em 1792, assumem e instalam um governo burguês na França. Aprovam a Constituição, garantindo seu poder e ampliando os direitos políticos e econômicos. Em 1804 colocam no poder Napoleão Bonaparte a fim de controlar a instabilidade social e instalar um governo totalmente burguês.

A Revolução Francesa, assim, se revela um marco da História Moderna, uma vez que pôs fim ao sistema absolutista, com privilégios da nobreza, passando o homem a ser o centro da teleologia de poder, ganhando o povo, assim, respeito aos direitos sociais e autonomia para a regulação de seus interesses, conduzindo o processo de forma a garantir seu domínio social, estabelecendo as bases de uma sociedade burguesa e capitalista, baseada no lucro, acúmulo de riquezas, controle do sistema de produção e expansão dos negócios, fenômeno, este, denominado de capitalismo, cabendo ao Estado apenas a abstenção em relação à propriedade e liberdade individual, ou tal como se dizia *laissez-faire*.

O século XVIII, portanto, revelou-se o grande marco, de entrada para o denominado estado liberal, onde o Estado manifesta-se como criação deliberada e consciente da vontade dos indivíduos que o compõem, de acordo com as doutrinas do contratualismo social. O aparelho estatal, assim, passava a ter por escopo o alcance, pelo Homem, da realização de seus fins. O Estado, nessa medida, traduzia-se em armadura de defesa e proteção da liberdade¹⁷.

2.2 - Estado Liberal e Direito

Inicia-se, assim, com a Revolução Francesa (1789), o denominado Estado Liberal de Direito que tem como principal marca a aquisição pelos cidadãos burgueses de liberdade negocial visto que, até então, somente o clero e a nobreza podiam adquirir bens, ou seja, poderiam ser proprietários.

¹⁷ BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 41.

O liberalismo político e econômico foi objeto de elaboração doutrinária por vários pensadores, podendo-se destacar o pensamento de John Locke, como sendo o mais completo sobre a teoria dos direitos naturais e do contratualismo.

Argumenta o filósofo inglês que o estado da natureza é um estado de perfeita liberdade e igualdade, e que a existência do indivíduo tanto quanto a da propriedade são anteriores ao surgimento da sociedade e do Estado, enquanto resultado do contrato social¹⁸, razão pela qual não poderiam ser violadas por este último, eis que são direitos naturais.

Referida concepção, idealizada pela classe burguesa, restou estampada nos artigos 1º e 2º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: “Artigo 1º- Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundar-se na utilidade comum. Artigo 2º- O fim de toda a associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses Direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão”.

Ou seja, o fim almejado pelo liberalismo era a preservação pelo Estado da liberdade e propriedade individual, com a delimitação da atuação estatal, competindo a esta apenas um domínio residual, compreendendo questões relativas à soberania e ordem pública, residindo aí as bases do Estado mínimo, em respeito à autonomia social e à redução das funções estatais, asseguradas pelo Estado de direito e pelo princípio da liberdade de mercado, que se traduzem, em termos jurídicos, no dogma do *caráter subsidiário da intervenção estatal*¹⁹.

¹⁸ Em que pese não ser objeto do presente trabalho a análise da formação do Estado e a legitimação e validade de seus poderes, necessário destacar, a fim de situar o leitor, a íntima ligação entre a filosofia dos direitos naturais e a teoria do contrato social, de Rousseau, eis que ambas se concentram a concepção individualista da sociedade, que dispensa intermediação entre indivíduo e Estado, garantindo o ideal de liberdade. A passagem do ‘estado de natureza’ para o ‘estado civil’, no qual há legislação, realização por meio do pacto de consentimento para a preservação da propriedade e da paz, mediante a união de todos, o que garante, assim, que a forma de governo seja decidida pela maioria. O poder do Estado, nesse sentido, se justifica pela legalidade, sendo instrumento da luta política da burguesia contra o Estado centralizador. Nos dizeres de Norberto Bobbio: ‘*o Estado liberal se afirma na luta contra o Estado absoluto em defesa do Estado de Direito*’. (Cf. RANIERI, Nina Beatriz. **Do estado liberal ao estado contemporâneo. Notas sobre os processos de exaustão dos modelos políticos e da ordem jurídica**. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo: RT, nº 36, p. 136-161, 2001. p. 139-143).

¹⁹ RANIERI, Nina Beatriz. **Do estado liberal ao estado contemporâneo. Notas sobre os processos de exaustão dos modelos políticos e da ordem jurídica**. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo: RT, nº 36, p. 136-161, 2001. p. 139.

O individualismo característico da era liberal refletiu as concepções jurídicas da época. A liberdade de contratar, assim, se caracterizava em *autonomia da vontade*, ou seja, o indivíduo era a fonte das situações jurídicas pelas quais se obrigava²⁰.

Assim sendo, a primeira grande teoria a respeito dos contratos foi a *teoria da vontade*, expressada no Código Civil Francês. Esta pregava que as partes eram absolutamente livres para contratar o que lhe aprouvesse, que não deveria haver intervenção estatal alguma nas relações privadas contratuais realizadas.

Essa forma de pensamento foi ressaltada em virtude do histórico momento revolucionário vivido pela França, e que acabou por influenciar todo o mundo moderno. Pregava-se o Estado Liberal, que se baseava nos princípios de liberdade, igualdade e fraternidade. Esse contexto histórico, de liberdade e de desvinculação com o Poder Estatal, fez que com a teoria da vontade chegasse ao seu extremo, sendo que aos juízes, sequer era dado o poder de interpretar os contratos realizados. Estes somente poderiam se pautar no que determinava a Lei a respeito do assunto, o que se denomina, em hermenêutica jurídica, de a escola da exegese.

Isto porque, conforme clarifica Enzo Roppo, “a concepção de contrato, amadurecida nos séculos XVII e XVIII e aperfeiçoada no século XIX, na base do postulado jusnaturalístico que individualizava na vontade humana a fonte primária de todo o efeito jurídico, a energia criadora dos direitos e das obrigações legais: o contrato é <<consenso>>, isto é, <<encontro de vontades>>; o negócio jurídico é declaração de vontade”²¹.

Tamanha importância conferida à vontade das partes culminou em posteriores desigualdades e injustiças, uma vez que, a despeito da Revolução Francesa pregar a igualdade entre todos os homens, de fato, econômica, social e moralmente, não eram iguais e, aqueles com maior poderio econômico e social,

²⁰ GOMES, Orlando. **Transformações gerais do direito das obrigações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967. p. 10: Nesse sentido, acentua o autor que: “*O individualismo atribuiu à vontade individual a função de causa primeira do Direito, assim público como privado. O comércio jurídico deveria repousar no contrato, entendendo-se, não somente que toda obrigação, implicando restrição à liberdade individual, teria de provir de um ato de vontade do devedor, como também, que os resultados desse ato eram necessariamente justos. Instituiu-se, em suma, como pedra angular do Direito Privado o dogma da teoria da vontade*”.

²¹ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 1988. p. 297.

valendo-se do amplo poder de contratação, ampla vontade das partes, realizavam contratos absolutamente desmedidos.

Numa análise sintética dos fatos, essa exagerada liberdade acabou gerando grandes contradições e injustiças sociais. Isto porque, os contratantes não encontravam-se, como hoje também não se encontram, em igualdade de condições para discutir as condições do contrato e a parte mais forte economicamente sempre impunha suas condições, o que afastava o acordo, o consenso, porém, o que se havia contratado, ainda que nessas condições era lei entre as partes.

A este respeito, adequada se faz a citação de Gabriel Stiglitz:

As mutações sociais a seguir ocorridas (industrialismo, massificação, etc.) foram gerando uma resistência da moderna ciência jurídica contra a rigidez inicial dessa concepção, tal como fora formulada. Fez-se manifesta a injustiça contratual baseada no egoísmo individualista e econômico, que atentava - e ainda atenta - contra interesses essenciais da comunidade. A liberdade era incompleta, irreal e a desigualdade meramente teórica, decorrência da inferioridade econômica de uma das partes da relação obrigacional. A experiência demonstrou que o contrato não é necessariamente justo, que, freqüentemente, consagra o aniquilamento do fraco pelo forte. E se um dos contratantes pode impor a sua vontade ao outro, o contrato expressa apenas a lei do mais forte; alteram-se, por conseguinte, os termos: nessas condições, é a liberdade que escraviza e a lei que liberta.²²

Nessa época foi que se desenvolveu na França e especialmente na Inglaterra a industrialização e a elaboração de milhares de contratos de trabalho altamente exploradores, no qual se "pactuava" que uma jornada de trabalho de 16 ou 18 horas de trabalho nas indústrias valeria um prato de comida.

Na vigência do liberalismo, o Estado somente interferia nas relações privadas para assegurar o livre exercício da iniciativa comercial, eis que era essa a grande finalidade da autonomia privada: desenvolver livremente as relações econômicas. O denominado dogma da teoria da vontade é decorrente dos jusnaturalistas que defendiam como direito natural do homem de dispor livremente de seus atos e bens.

Uma das principais razões da Revolução era a "democratização" da propriedade, por intermédio de três princípios basilares" quais sejam: liberdade,

²² STIGLITZ, Gabriel. O direito contratual e a proteção jurídica do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo : Revista dos Tribunais, vol. 1, dezembro, 1992. p. 185.

igualdade e fraternidade, os quais apregoavam a mais ampla e irrestrita liberdade de contratação.

O Código Napoleônico, em que pese ter sido sustentado pelos preceitos de liberdade, igualdade e fraternidade, mostrou-se exacerbadamente preocupado com o Direito de Propriedade (Liberdade Contratual), contemplando um direito essencialmente patrimonialista, correspondendo à ideologia da classe representante do poder, ou seja, a classe burguesa, do que adviria uma situação totalmente indesejada.

Vale dizer: a liberdade era para os libertos, a igualdade completamente formal e a fraternidade somente para os fraternos entre si.

Realmente, talvez o conceito de liberdade do estado liberal fosse correto se os homens fossem dotados de igual capacidade, na linha do que expressa Vierkandt. A igualdade formal em que se fundou o liberalismo, encobria, na verdade, sob seu manto de abstração, um mundo de desigualdades de fato – econômicas, sociais, políticas e pessoais -, terminando ‘a apregoada liberdade, como Bismark já o notara, numa real liberdade de oprimir os fracos, restando a estes, afinal de contas, tão-somente a liberdade de morrer de fome’²³.

Mas não é só. A lei geral e abstrata, almejada pelos revolucionários e positivada no Código Civil Francês, com vista a assegurar a liberdade contratual conquistada, que representava a plena segurança jurídica nas relações privadas, causou verdadeira crise entre nobreza, burguesia e magistrados, na medida em que o medo de aniquilação dos direitos conquistados fez com que o povo não quisesse, e efetivamente não permitisse, ao magistrado, a possibilidade de interpretar a lei.

Nasce assim, a interpretação judicial exegética, sendo o juiz a “boca da Lei”.

A escola da exegese estava intimamente ligada ao ambiente político e jurídico francês do século XVIII, de caráter revolucionário, que tinha empreendido um corte com o *ancién regime* e a importante tarefa de codificação, que refletia a expressão da vontade geral dos cidadãos.

²³ Apud, BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 61.

Nesse sentido, a orientação exegética que dominou o saber jurídico europeu no início do século XIX correspondia ao fato de que a igualdade dos cidadãos, típicas dos novos Estados pós-revolucionários, estaria garantida pela generalidade dos códigos e estrita subordinação dos juízes aos seus preceitos²⁴.

O Código Napoleônico e toda a doutrina francesa, cuja formação teve como influência uma Revolução, ou seja, profunda crise social e institucional, de total desconfiança da Magistratura, buscou dar primado à lei e à “segurança” dos Códigos e do direito positivo, uniforme para todos os cidadãos²⁵, relevando a vontade das partes no que se refere ao aspecto contratual.

2.3 - Pós-Revolução Industrial

Com o advento da Revolução Industrial e a conseqüente subdivisão em classes sociais, a irrestrita liberdade contratual levou a sérios desequilíbrios, como a exploração do trabalho do mais fraco pelo economicamente mais poderoso e forte, tal como acima explicitado.

A teoria da vontade, preponderante na relação contratual advinda com a liberdade irrestrita conquistada com a Revolução Francesa, não se mostrava mais adequada à nova realidade social, apresentada com a economia de massa que nascia a partir da industrialização.

Conforme afirma Enzo Roppo, “uma tal teoria e disciplina jurídica das transferências de riqueza – se resultava adequada a um sistema econômico individualista e pouco dinâmico, no qual as trocas eram, no geral, bem ponderadas e conservavam um certo carácter <<pessoal>> - não podia satisfazer as exigências da *moderna economia de massa*, caracterizada pelo extraordinário incremento do volume de trocas (sobretudo entre as empresas e os consumidores dos seus produtos e os utentes dos seus serviços) e pela sua crescente standartização e <<impessoalidade>>”²⁶.

²⁴ HESAPANHA, Antonio Manuel. **Panorama histórico da cultura jurídica européia**. 2. ed. Mem Martins: Europa-America, 1998. p. 180.

²⁵ LOTUFO, Renan (Org.). **Direito Civil Constitucional – Cadernos 1**. São Paulo: Ed. Max Limonad, 1999. p. 7-12 (apresentação).

²⁶ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 1988. p. 298.

Realmente, a relevância atribuída à vontade das partes para a formação do contrato, não tinha o condão de garantir celeridade nas contratações e atribuir segurança e estabilidade às relações estabelecidas a partir de situações massificadas e impessoais, impondo a objetividade na disciplina contratual.

De fato, a liberdade e igualdade almejada pela Revolução não correspondiam aos anseios jusnaturalistas.

A liberdade econômica, porque abria campo às manifestações do poder econômico, levou à supressão da concorrência, sendo a propriedade título de poder sobre as pessoas, convertendo-se em um título de domínio.

A igualdade restringia-se ao campo meramente formal refletindo somente a opção normativa da época, fundada em dois elementos estruturais: liberdade e separação de poderes.

A superação, assim, da teoria da vontade é fruto do direito positivo. As leis, que disciplinam os contratos, passaram a tratá-los não mais como um fenômeno psíquico, mas, social.

Surge, na Alemanha, a denominada teoria da declaração, sob o enfoque totalmente objetivo, encarando o contrato como declaração e não como vontade. Referida concepção, visava atender aos anseios das relações comerciais. A teoria normativa, sob concepção objetiva, tem o contrato como fenômeno social, entendendo a vontade como mero fato psicológico interno.

Importante, nesse sentido, a doutrina de Enzo Roppo, para quem, a <<Teoria da declaração>> é uma expressão que resume uma série de regras de disciplina do contrato, unificadas por uma característica e por um objectivo. A característica é a de ligar os efeitos e o tratamento jurídico das relações aos elementos objectivos, exterior e socialmente reconhecíveis, dos actos pelos quais as relações se constituem, muito mais que os elementos de psicologia individual, às atitudes mentais que permanecem no foro íntimo, numa palavra, à vontade das partes: com a consequência de que, em caso de conflito entre <<subjectivo>> e <<objectivo>>, entre as efectivas posições da psique e da vontade do contraente e

aquilo que socialmente transparece e é percebido pelo outro contratante, tende-se a atribuir prevalência a este último, sacrificando, assim, a vontade à declaração²⁷.

De fato, as imperfeições do liberalismo, consubstanciadas, em síntese, no surgimento de monopólios, no advento das crises econômicas cíclicas e no exacerbamento do conflito capital e trabalho, associadas à incapacidade de auto-regulação dos mercados, conduziram à atribuição de nova função ao Estado²⁸.

Assim, os elementos éticos e sociais oriundos da industrialização já operada no século XIX, gerando a massificação social, iriam intensificar a aproximação do Estado às questões sociais, causando o declínio do modelo jurídico liberal, ou como disse Gaston Morin, seria a 'revolta dos fatos contra os códigos'²⁹.

O Estado, a par desta situação, através de mecanismos legais, passou a intervir no domínio econômico, visando a reequilibrar tais descompassos sociais.

No Brasil, não foi diferente. A teoria da declaração foi recepcionada pelo Código Civil de 1916, no artigo 90, uma vez que os motivos determinantes para a realização do contrato não conduzem à declaração de invalidade da relação, a menos que assim o tenha sido expressamente previsto pelas partes.

A partir de então e, principalmente após a Declaração Universal dos Direitos do Homem, ocorrida depois do advento da Segunda Grande Guerra, a humanidade passou a ter como foco principal do ordenamento social o ser humano, no que respeita ao direito à sua dignidade, passando a ser entendida como necessária, então, a intervenção estatal para o fim de abrandar o patente desequilíbrio nas relações contratuais, em razão da desigualdade entre os indivíduos, visto a detenção da maioria do capital por poucos em detrimento da grande maioria.

2.4 – O Estado Social

Esta nova concepção organizacional do sistema influenciou as constituições que se seguiram após a Segunda Guerra Mundial e que passaram a dar total

²⁷ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 1988. p. 298/299.

²⁸ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 15.

referência e importância ao valor humano, como, por exemplo, se verifica do conteúdo da Constituição Italiana de 1948. Desse modo, os valores maiores dos principais ordenamentos jurídicos modernos passaram a ter o homem como seu centro de atuação, caracterizando o denominado antropocentrismo jurídico.

A grande modificação foi o reconhecimento pelos ordenamentos de que o direito deve ser voltado para a sociedade, precisamente para o indivíduo, visando proteger sua dignidade e, assim, propiciando-lhe mecanismos para um pleno desenvolvimento.

Ou seja, nessa nova configuração, à ordem jurídica foram atribuídas funções interventivas, de promoção social; e as leis, mais do que normas de conduta (voltadas para uma finalidade singular), apresentaram-se como normas de organização, voltadas a um fim comum e, o Direito, acompanhando a diretriz promocional do Estado, em certa medida teve restringido o seu caráter eminentemente repressor³⁰.

De fato, a liberdade, guia mestre do liberalismo, se voltava também para as questões políticas, possibilitando a elaboração de formas de representação política e de exercício da cidadania (que vão desde o voto universal até a emancipação da mulher), assegurados pelo caráter geral e abstrato de que se reveste o direito positivo, surgindo, nessa medida, a participação democrática, voltando-se o Estado para necessidades substanciais das classes subalternas emergentes.

O Estado, assim, altera a qualidade de 'gendarme'³¹ para guardião da liberdade e igualdade, a fim de manter a ordem pública, gerindo a ordem social, inclusive no que respeitava a ordem econômica, com vista a atingir o bem-estar da social, reivindicado pelos movimentos socialistas e nacionalistas.

Referida situação se tornou ainda mais patente com a repercussão da Primeira Guerra, no início do século XX e a grande recessão econômica que atingiu a década de 1930, incentivando a intervenção do Estado, estimulado pela

²⁹ Apud REALE, Miguel. **Nova fase do direito moderno**. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 103.

³⁰ RANIERI, Nina Beatriz. **Do estado liberal ao estado contemporâneo. Notas sobre os processos de exaustão dos modelos políticos e da ordem jurídica**. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo: RT, nº 36, p. 136-161, 2001. p. 146.

³¹ Ou seja, função assemelhada ao de soldado para a manutenção da ordem pública, apenas, referindo-se a expressão ao corpo militar que existia na França (Gendarmaria).

consciência de seu poder organizador em matéria militar e econômica, justificando a destinação de recursos públicos para fins não fiscais, ou seja, de apenas de funcionamento da máquina.

Nesse sentido, interessante ressaltar, que Estado social, Welfare State ou Estado intervencionista são expressões que designam a idéia que, independentemente de sua renda, todos os cidadãos, como tais, têm o direito de ser protegidos, passando a direitos políticos, e não mero assistencialismo, direitos relativos à renda, alimentação, saúde, habitação e educação³².

O Estado, imbuído nesse ideal, passa a interferir diretamente nas relações sociais a fim de abrandar desigualdades, mediante subvenções públicas. Há, dessa forma, a preponderância do interesse público sobre o privado, invertendo-se a ideologia liberal.

A socialidade redundou, portanto, em estatalidade³³, impondo um reajuste da ordem jurídica, fundada em uma ideologia que não mais correspondia aos anseios impostos pelas situações de fato apresentadas.

Conforme aduz Bobbio, é com o nascimento do Estado de direito que ocorre a passagem final do ponto de vista do príncipe para o ponto de vista dos cidadãos. No estado despótico, os indivíduos singulares só têm deveres e não direitos. No Estado absoluto, os indivíduos possuem, em relação ao soberano, direitos privados. No Estado de direito, o indivíduo tem, em face do Estado, não só direitos privados, mas também direitos públicos. O Estado de direito é o Estado dos cidadãos³⁴.

O principal valor a ser protegido pelo ordenamento jurídico passa a ser, após a Declaração dos Direitos do Homem, a existência do ser humano, como valor em si, e não o seu patrimônio, sendo que o grande valor a ser protegido passa a ser a existência, e mais do que isso, a existência digna do ser humano.

³² RANIERI, Nina Beatriz. **Do estado liberal ao estado contemporâneo. Notas sobre os processos de exaustão dos modelos políticos e da ordem jurídica.** Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo: RT, nº 36, p. 136-161, 2001. p. 142.

³³ Ou seja, somente normas legais emanadas do Estado é que devem ser consideradas como Direito Positivo, não existindo positividade sem ou fora do Estado.

³⁴ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 61.

A evolução dos tempos, contudo, com o crescimento das populações, as dificuldades econômicas e sociais, as guerras e mais recentemente a imposição de consumo de massa e a globalização, fez surgir um homem angustiado e neurótico do século XX, que move-se com insegurança num círculo de interesses que estreitam e acentuam cada vez mais sua dependência em face do Estado³⁵.

Desta forma, a preocupação com os direitos sociais, após os horrores produzidos pela Segunda Grande Guerra Mundial, foi introduzida em vários textos constitucionais. E, conforme anotado por Bonavides, a Constituição Francesa de 1946 juntamente com a Constituição de Bonn fundaram, sem rodeios, um Estado social, denotando a irrefragável preponderância da idéia social no constitucionalismo democrático contemporâneo³⁶, meio, sem dúvida, mais adequado a concretizar a universalidade dos valores abstratos contidos nas Declarações de Direitos fundamentais.

2.5 - A Constitucionalização do Direito Civil

De fato, conforme exposto nos itens precedentes, são inegáveis os influxos sofridos pela sociedade desde o século XVIII até os dias atuais, neste início de século XXI, razão pela qual a (re) análise do papel do Direito Civil hodiernamente se faz necessária.

Como já ressaltado, o Código Civil Pátrio é fruto das doutrinas individualista e voluntarista que, consagradas no Código Francês de Napoleão, foram incorporadas pelas codificações do século XIX, inspirando o legislador brasileiro quando, na virada do século, redigiu o Código Civil de 1916, que tratou da regulamentação da atuação dos sujeitos de direito, os quais desejavam precipuamente acabar com as ingerências feudais, obtendo ampla liberdade de contratar para o fim de circulação de riquezas e a aquisição de bens, como expansão de afirmação da própria inteligência e personalidade³⁷.

³⁵ BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 201.

³⁶ BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 204.

³⁷ TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. **Revista de Direito do Estado**, n.2, p.37-53, abr./jul. 2006. p. 38.

Nesse sentido é que se afirmava ser o Código Civil, tanto o brasileiro quanto os demais da época, a Constituição do direito privado. As relações estavam protegidas por suas normas, fora da intervenção de particulares que impossibilitassem a circulação de riquezas e, principalmente, do poder público.

O Código Civil de 1916, assim, por meio da regulação de situações típicas, em que versavam os centros de interesses dos sujeitos de direito privado, almejava uma completude em contrapartida do oferecimento de segurança jurídica para a concretização do desenvolvimento da economia e afirmação da propriedade.

Referida estabilidade e segurança reproduzida pelo Código pátrio, entrou em declínio na Europa na segunda metade do século XIX, em razão dos intensos movimentos sociais e acelerado processo de industrialização, com reflexos aqui no Brasil já na década de 20, o que provocou a necessidade de uso, pelo legislador, de leis excepcionais, que não desmentiam o sentido de completude e de exclusividade pretendido pelo Código³⁸.

Na Europa, a situação não era diferente.

Em razão do surgimento de Constituições novas as codificações elaboradas em regime anterior acabaram por ficar incompatíveis com a ordem jurídica maior vigente, ou, como no caso da Itália, onde houve a criação de uma codificação civil estando em pleno vigor a Constituição Fascista, surge a necessidade de se fazer uma releitura de todo o ordenamento, a fim de se encontrar seus verdadeiros fundamentos, especialmente, do Direito Privado.

Principalmente após a Segunda Guerra, por meio da qual foi revelada a necessidade de ser considerado o caráter existencial do ser humano, à partir do surgimento de novas Constituições, vários autores passaram a entender que o Código Civil não poderia mais ser considerado como o único centro de informações da vida civil.

No Brasil, em especial, com a promulgação da Constituição de 1988, matérias que até então eram disciplinadas somente por lei infraconstitucional, passaram a ser tratadas pela Lei Maior, o que, dentro do estudo da hierarquia das

normas, levou os estudiosos a terem que buscar na constituição os valores fundamentais do sistema, a fim de verificar a validade ou não de normas inferiores.

Alguns autores, ainda, resistindo a este novo enfoque, continuaram a defender a denominada época da descodificação (Natalino Irti³⁹), em que o Código Civil estaria se rendendo às leis especiais, denominadas de 'microsistemas', que começam a crescer em número e ganhar importância, deixando de ter o *status* de efêmeras leis, sendo consideradas leis permanentes, com princípios próprios, o que levaria a ter a codificação Civil uma função meramente residual.

Realmente, a partir dos anos 30, no Brasil, a exacerbação de leis extravagantes, que por sua abrangência não se compadeciam com pretendido caráter excepcional das leis anteriores, retratavam uma espécie de lapso esporádico na completude monolítica do Código, rendendo-se o legislador brasileiro à intervenção assistencialista, consubstanciada no fenômeno do dirigismo contratual, em razão da crise entre o individualismo pré-industrial e a realidade econômica industrial que suscitava uma maior preocupação com o conteúdo e as finalidades das atividades desenvolvidas pelo sujeito de direito, demarcando os limites da autonomia privada, da propriedade e do controle dos bens⁴⁰.

Ou seja, conforme assevera Gustavo Tepedino "o próprio direito civil, através da legislação extracodificada, desloca sua preocupação central, que já não se volta tanto para o indivíduo, senão para as atividades por ele desenvolvidas e os riscos dela decorrentes"⁴¹.

Há, nesse sentido, uma preocupação do legislador em alinhar as atividades do particular com os resultados pretendidos pelo Estado.

Desta forma, com o decorrer dos tempos, setores de atividades privadas passaram a ser regulados por meio de legislações extravagantes, utilizando-se o

³⁸ TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. **Revista de Direito do Estado**, n.2 , p.37-53, abr./jul. 2006. p. 39-40.

³⁹ IRTI, Natalino. **L'età della decodificazione**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 4ª edição, 1999.

⁴⁰ TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. **Revista de Direito do Estado**, n.2 , p.37-53, abr./jul. 2006. p. 42-43.

⁴¹ TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. **Revista de Direito do Estado**, n.2 , p.37-53, abr./jul. 2006. p. 43

legislador não mais da taxatividade, mas de cláusulas abertas, gerais, incidentes sobre as inúmeras situações futuras que serão objeto de sua incidência. Além disso, o legislador mais e mais condiciona a proteção de situações contratuais tradicionalmente disciplinada sob a ótica exclusivamente patrimonial ao cumprimento de deveres não patrimoniais.

O Código Civil, assim, deixa de refletir a unidade sistemática então assentada, havendo a substituição, para alguns juristas⁴², do monossistema pelo polissistema, representado pelos estatutos, verdadeiros microssistemas, passando o Código a ter uma função meramente residual.

Não obstante as respeitadas posições doutrinárias acima destacadas, quer parecer mais condizente com a realidade atual, o pensamento que ressalta ter o Código Civil uma função participativa entre os microssistemas e a Constituição, por ser um corpo de normas com cláusulas gerais e abertas que serve e viabiliza a atuação de todo o Direito Privado, uma vez que regula os conceitos primordiais de qualquer relação jurídica, sendo o “Direito básico da civilização”⁴³.

Realmente, tanto a esfera normativa do Código Civil, assim como toda a legislação infraconstitucional deverão ser informados pelos mesmos princípios, contidos na Constituição Federal, a fim de haver uma perfeita integração do sistema.

Nesse sentido, em harmonia com o acertado pensamento ora exposto, é a lição de Karl Larenz, que ao afirmar ser o direito civil parte do direito privado, acentua que "Dentro del Derecho privado distinguimos el Derecho civil como Derecho privado general, así como una serie de sectores especiales - principalmente el Derecho mercantil e el Derecho laboral -. El Derecho civil tiene por objeto las relaciones jurídicas en que puede hallarse en principio todos ciudadano (en el sentido de civil, citizen); es el Derecho que se refiere a todos"⁴⁴.

⁴² Nesse sentido Orlando Gomes, no Brasil, e IRTI, Natalino. **L'età della decodificazione**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 4ª edição, 1999.

⁴³ LOTUFO, Renan. **Da oportunidade da codificação civil**. São Paulo: Revista do Advogado, Dez/2002. p. 19-30.

⁴⁴ LARENZ, Karl. **Derecho civil, parte general**. Madrid: EDERSA, 1978. p. 6-7.

Realmente, trata-se o direito civil, na verdade, do núcleo do Direito Privado, espalhando para este os conceitos fundamentais e regras gerais aplicáveis aos seus diversos campos, o que justifica a sua importância para o ordenamento, sendo cabível, aqui, novamente, as claras palavras de Karl Larenz: “El ámbito de Derecho civil constituye el núcleo del Derecho Privado. ... lo que el Derecho civil determina sobre todo esto es relevante para todos los ámbitos del Derecho privado. No es posible comprender los ámbitos especiales mientras no se conozcan los conceptos fundamentales y las reglas generales del Derecho civil. Los principios dominantes en la totalidad del Derecho privado, si bien em diverso grado, aparecen en su forma más palmaria em Derecho civil”⁴⁵.

O Código Civil publicado em 2002, seguindo o ideário social do legislador pátrio, levou em consideração na sua formação valores sociais, balanceando o valor do indivíduo e da sociedade, havendo perfeita adequação entre os ideais de melhor distribuição de justiça e de melhor colocação do ser humano dentro da sociedade, o que será abordado em capítulo subsequente.

⁴⁵ LARENZ, Karl. **Derecho civil, parte general**. Madrid: EDERSA, 1978. p. 8.

3 – ATUAL PANORAMA DO ORDENAMENTO PÁTRIO

3.1 – A finalidade do Direito

A análise do tema proposto, remete antes de tudo à reflexão da evolução e conseqüente finalidade do ordenamento, ou seja, do Direito, enquanto sistema normativo.

Por pressuposto tem-se que a vida em sociedade é inerente à pessoa humana, na medida em que representa o meio apto a concretizar seu pleno desenvolvimento dado que, pela sua própria natureza, o ser humano não vive sozinho.

A História da humanidade tem mostrado de forma clara que da convivência em sociedade e das conseqüentes relações sociais oriundas, a liberdade ilimitada do atuar de cada indivíduo conduz a conflitos de interesses capazes de aniquilar um indivíduo em relação ao outro, instalando verdadeiro caos social sendo que, conforme preconizado por Norberto Bobbio, não há verdadeira liberdade sem segurança⁴⁶.

Tendo a natureza humana como seu fundamento⁴⁷, o direito, considerando a convivência coletiva, surge como elemento inerente à sociedade, na medida em que visa a manutenção das relações sociais oriundas dos agrupamentos de indivíduos. Conclui-se, assim, que sociedade e direito se pressupõem, não podendo um existir sem o outro⁴⁸.

Assim, considerando-se o fenômeno social, pode-se afirmar que, pelo aspecto sociológico, o direito é geralmente apresentado como uma das formas –

⁴⁶ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 216. Ao dissertar sobre a questão da tolerância social, referido autor aduz que: “Onde a história destes últimos séculos não parece ambígua é quando mostra a interdependência entre a teoria e a prática da tolerância, por um lado, e o espírito laico, por outro, entendido este como a formação daquela mentalidade que confia a sorte do regnum hominis mais às razões da razão que une todos os homens do que aos impulsos da fé. Esse espírito deu origem, por um lado, aos Estados não confessionais, ou neutros em matéria religiosa, e ao mesmo tempo liberais, ou neutros em matéria política, e, por outro, à chamada sociedade aberta, na qual a superação dos contrastes da fé, de crenças, de doutrinas, de opiniões, deve-se ao império da áurea regra segundo a qual a liberdade dos outros, ou, para se usar as palavras de Kant, ‘a liberdade do arbítrio de um pode subsistir com a liberdade de todos os outros segundo uma lei universal’ (que é a lei da razão).”

⁴⁷ DEL VECCHIO, Giorgio. **A filosofia jurídica na Itália**. São Paulo: Saraíva, 1960. Tradução prólogo e adições por Luis Recaséns Siches.

sem dúvida a mais importante e eficaz dos tempos modernos – do chamado controle social, entendido como o conjunto de instrumentos de que a sociedade dispõe na sua tendência à imposição dos modelos culturais, dos ideais coletivos e dos valores que persegue, para a superação das antinomias, das tensões e dos conflitos que lhe são próprios⁴⁹.

Nesse sentido, necessário destacar que a simples regulamentação de condutas não é apta a ensejar a pacificação social ou propiciar os meios necessários à evolução do indivíduo, sendo certo que a simples tarefa de ordenação social se mostra insuficiente, eis que impossível prever-se as inúmeras formas de relacionamentos sociais que podem ocorrer em determinado período de tempo.

Observa-se, ao longo da história da humanidade, que a liberdade e vontade ilimitadas levaram à injustiça e a opressão, com incessantes conflitos e fonte de caos social.

Conforme assevera Clóvis Beviláqua, “O aparecimento fenomênico do direito coincide com o estabelecimento de normas éticas reguladoras das ações humanas, determinando as exigências e as obrigações correspondentes. Não são as normas que vêm a criar o direito. Este preexiste. As atividades individuais surgem no meio social e assumem os seus postos umas frente às outras. A norma exprime a sua coordenação”⁵⁰.

Em regra, portanto, a liberdade provém de um dever, pois, como salienta Luigi Ferri, todo o dever tem como correlata uma faculdade, um direito ou uma liberdade “Una libertad o un derecho no puede ser sancionado y garantizado si no es con la imposición de un deber”⁵¹.

Portanto, quando a Lei dispõe sobre um dever está, automaticamente, garantindo uma liberdade.

⁴⁸ RÁO, Vicente. **O Direito e a Vida dos Direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 53.

⁴⁹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 19.

⁵⁰ DEL VECCHIO, Giorgio. **A justiça**: Giorgio Del Vecchio. Sao Paulo: Saraiva, 1960. Prefácio de Clóvis Beviláqua.

⁵¹ FERRI, Luigi. **La autonomia Privada**. Madrid, tradução espanhola, Ed, Revista de Derecho Privado: 1969. p. 112.

Neste sentido, tem-se que a tarefa da ordem jurídica é a de proporcionar a paz social, harmonizando as relações sociais intersubjetivas, a fim de ensejar a máxima realização dos valores humanos com o mínimo de sacrifício e desgaste, sendo que o critério que deve orientar a essa coordenação ou harmonização é o critério do justo e do eqüitativo, de acordo com a convicção prevalente em determinado momento e lugar⁵².

Por óbvio que o sistema normativo de determinado Estado deve atentar à evolução de seu povo, à transformação de sua realidade social, pois o ordenamento jurídico que permanece alheio às mudanças sociais, fatalmente não atenderá ao pleno desenvolvimento de seus indivíduos e não será meio de composição, mas, sim, de germinação de conflitos.

3.2 – Breves Considerações Sobre Princípios e Cláusulas Gerais

Antes de se adentrar à análise dos princípios constitucionais que iluminam a relação contratual, e especificamente no que se refere à boa-fé, necessário traçar inicialmente as linhas gerais sobre o conceito de princípios, assim como perquirir a diferenciação entre estes e as denominadas cláusulas gerais na ordem vigente.

Isto porque, o Código Civil de 2002, ao dispor no art. 422 que as partes deverão agir de acordo com a boa-fé na conclusão e execução do contrato, não obstante tenha positivado a conduta a ser observada pelos envolvidos no decorrer da relação contratual, remete ao questionamento e conseqüente verificação do conceito de acordo com o ordenamento jurídico, o que será, contudo, objeto de estudo em item subsequente.

Registre-se, por oportuno, que não se pretende, mesmo porque não é objeto central do presente estudo, uma abordagem exaustiva sobre o tema, uma vez que apenas serão destacados os contornos gerais que interessam para o desenvolvimento e compreensão dos assuntos a serem analisados nos itens

⁵² CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 19.

subsequentes, em razão da importância do conceito de princípios e cláusulas gerais no que respeita à boa-fé e seus desdobramentos.

Realmente, uma das grandes mudanças de paradigma ocorrida ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional de *status* de norma jurídica, com a superação do modelo que vigorou na Europa até meados do século XIX, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político. A concretização de suas propostas era condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador. Ao Judiciário não se reconhecia qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição.

Assim, revestida do caráter de norma jurídica, passaram as normas constitucionais a emanar o atributo da imperatividade, pelo que “sua inobservância há de deflagrar um mecanismo próprio de coação, de cumprimento forçado, apto a garantir-lhes a imperatividade, inclusive pelas consequências da insubmissão”⁵³.

No mesmo sentido, aduz Maria Helena Diniz que “a questão da eficácia constitucional, tal como aparece hordienamente, é decorrente da Revolução Francesa, que possibilitou a consolidação de condições sócio-políticas, como soberania nacional e separação de poderes, e jurídicas, como a preponderância da norma constitucional e das leis enquanto fontes de direito, o controle da legalidade e constitucionalidade pelas decisões do Poder Judiciário e, principalmente, a concepção do direito como sistema, imprescindíveis para o estudo profundo dessa problemática”⁵⁴.

Para se chegar ao *status* de normatividade dos princípios jurídicos, não se pode olvidar da necessária a remissão ao debate entre o jus naturalismo, positivismo jurídico, e, mais recentemente, pós-positivismo, principalmente quando se tem em foco a abordagem do instituto da boa-fé.

Pois bem.

A fase jusnaturalista reconhecia os princípios jurídicos como ideais de justiça, cuja eficácia se relacionava à visão ético-valorativo do Direito, pelas quais

⁵³ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 288.

⁵⁴ DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 2.

os princípios gerais de direito eram “axiomas jurídicos” ou normas estabelecidas pela reta razão. Eram, em definitivo, “um conjunto de verdades objetivas derivadas da lei divina e humana”.

De acordo com a clara lição de Luís Roberto Barroso⁵⁵, por meio da qual descreve as fases de ascensão e declínio do jusnaturalismo, aponta-se, como idéia básica da época, a existência, na sociedade, de um conjunto de valores e de pretensões humanas legítimas que não decorrem de uma norma jurídica emanada do Estado, isto é, independem do direito positivo. Esse direito natural tem validade em si, legitimado por uma ética superior, e estabelece limites à própria norma estatal.

O jusnaturalismo, como consabido, é aplicado a fases históricas diversas, com configurações heterogêneas, que revolvem à antiguidade chegando aos dias atuais após ter passado por uma longa e complexa elaboração durante o período medievo.

Apresentam-se, as formulações jusnaturalistas, sinteticamente e a despeito das variantes, em duas versões fundamentais, ou seja, a de lei estabelecida pela vontade de Deus e a de uma lei ditada pela razão, tendo esta última variante se estabelecido a partir do século XVI, afastando-se, assim, das raízes teleológicas em que se desenvolveu.

A idade moderna, portanto, apresenta a superação do dogmatismo medieval, enfatizando suas razões na natureza e razão humana, germinando a cultura laica que iria se estabelecer e consolidar a partir do século XVII.

O jusnaturalismo racionalista contribuiu, ao lado do iluminismo, no movimento de codificação do Direito, consubstanciado em um documento legislativo que agrupa e organiza de maneira sistemática normas relativas a determinado objeto, em busca de clareza e unidade, incorporando-se referido movimento à

⁵⁵ BARROSO, Luis Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)**. Disponível em http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/DIALOGO-JURIDICO-06-SETEMBRO-2001-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf, acessado em 21.02.08.

tradição jurídica romano-germânica e culminou com a edição do Código de Napoleão, cuja entrada em vigor se deu em 1804.

O direito natural, assim, viu-se domado e sistematizado dogmaticamente, tendo a técnica da codificação tencionado a promover o encontro entre lei e direito e simbolizado, de forma contraposta, o momento de apogeu e superação histórica do jusnaturalismo, passando a viger o apego ao texto e à interpretação gramatical e histórica, pregada pela escola da exegese, com a atuação mínima do juiz em atenção aos anseios da era Liberal.

Ou seja, no início do século XIX, os direitos naturais, cultivados e desenvolvidos ao longo de mais de dois milênios, haviam se incorporado de forma generalizada aos ordenamentos positivos. Já não traziam a revolução, mas a conservação. Considerado metafísico e anticientífico, o direito natural é empurrado para a margem da história pela onipotência positivista do século XIX⁵⁶.

Inicia-se, assim, a fase juspositivista do direito, por meio do agrupamento de normas num corpo concreto, em nome da segurança das relações. Para essa teoria, a tarefa de aplicação do Direito reduz-se ao silogismo, onde a norma representa a premissa maior, o fato a premissa menor e a decisão do caso a conclusão. Nesse contexto, os princípios jurídicos eram tratados como fonte normativa subsidiária dos textos legais; entram nos Códigos como “válvulas de segurança”, que, “garantiam o reinado absoluto da lei”.

O valor dos princípios, para a época positivista, está no fato de derivarem das leis, e não de um ideal de justiça, sendo que o papel meramente subsidiário dos princípios torna precária a sua normatividade. Referido posicionamento se explica em razão da total contraposição às influências do direito sacro (igreja), direito romano (administrado pela burocracia estatal) e direito consuetudinário, que eram as bases fundantes do direito medieval⁵⁷, pelo racionalismo que guiou o Código de Napoleão.

⁵⁶BARROSO, Luis Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)**. Disponível em http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/DIALOGO-JURIDICO-06-SETEMBRO-2001-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf, acessado em 21.02.08.

⁵⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 97.

O positivismo jurídico, na verdade, refletia o pensamento filosófico da época, com o caráter racional, análogo às ciências exatas e naturais, baseado na realidade observável, com afastamento de qualquer ilação filosófica, o que resultou num distanciamento do Direito da moral⁵⁸.

O positivismo jurídico, nesse sentido, foi firmado no século XX fundamentalmente na doutrina de Hans Kelsen, que assinalava a completude do sistema, sendo a ciência do direito pura, imune a referências de cunho sociológico ou axiológico, as quais seriam cabíveis, no seu entender, a outros ramos do saber⁵⁹.

Para Kelsen, portanto, a idéia de ordenamento jurídico era a de um conjunto hierarquizado de normas jurídicas estruturadas na forma de uma pirâmide abstrata, cuja norma mais importante, que subordina as demais normas jurídicas de hierarquia inferior, é denominada norma hipotética fundamental, da qual as demais retiram seu fundamento de validade.

E, tal como registra Antonio Manuel Hespanha, o saber jurídico, para o positivismo, deve cultivar métodos objetivos e verificáveis devendo ser excluídas todas as considerações valorativas, as quais teriam lugar não na ciência do direito, mas sim na filosofia ou política do direito⁶⁰.

Não demoraria a tardar a impossibilidade de manutenção de um sistema fechado, consubstanciado na total e intocável validade e justiça da lei em razão do

⁵⁸ BARROSO, Luis Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)**. Disponível em http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/DIALOGO-JURIDICO-06-SETEMBRO-2001-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf, acessado em 21.02.08. Aduz o autor que: “Direito é norma, ato emanado do Estado com caráter imperativo e força coativa. A ciência do Direito, como todas as demais, deve fundar-se em juízos *de fato*, que visam ao conhecimento da realidade, e não em juízos *de valor*, que representam uma tomada de posição diante da realidade.”

⁵⁹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

⁶⁰ HESPANHA, Antonio Manuel. **Panorama histórico da cultura jurídica européia**. 2. ed. Mem Martins: Europa-America, 1998. p. 174-175. Destaca o autor, ainda, as várias escolas que entenderam de forma diversa o que fossem <<coisas positivas>>: “*para uns, positiva era apenas a lei, pelo que o saber jurídico tinha de incidir unicamente sobre ela, explicando-a e ntegrando-a (positivismo-legalista). Para outros, positivo era o direito plasmado na vida, nas instituições ou num espírito do povo que se objectivava nas formas quotidianas observáveis de viver o direito (positivismo histórico). Positivo era também o seu estudo de acordo com as regras das novas ciências da sociedade, surgidas na segunda metade do século XIX (positivismo sociológico, naturalismo). Finalmente, para outros, positivos eram os conceitos jurídicos genéricos e abstractos, rigorosamente construídos e concatenados, válidos independentemente da variabilidade da legislação positiva, obedecendo ao novo modelo de ciência como discurso de categorias teóricas, estabelecido pelo kantismo (positivismo conceitual)*”.

caráter legitimador da ordem estabelecida, o que se evidenciou com o fim da Segunda Guerra Mundial, que demonstrou a impossibilidade de um ordenamento jurídico ser indiferente a valores éticos e conceber a lei como uma estrutura formal, principalmente se se considerar a barbárie instalada em nome da lei⁶¹.

Inaugura-se, assim, nas últimas décadas do século XX, a denominada fase pós-positivista, com a hegemonia axiológico-normativa dos princípios. Nesta fase, os princípios conquistam a dignidade de normas jurídicas vinculantes, vigentes e eficazes, com a superação de uma visão formalista, que atribuía os princípios um caráter meramente supletivo das regras legais, cingindo a sua incidência às hipóteses de lacuna⁶².

De acordo com a doutrina de Luis Roberto Barroso:

O Direito, a partir da segunda metade do século XX, já não cabia mais no positivismo jurídico. A aproximação quase absoluta entre Direito e norma e sua rígida separação da ética não correspondiam ao estágio do processo civilizatório e às ambições dos que patrocinavam a causa da humanidade. Por outro lado, o discurso científico impregnara o Direito. Seus operadores não desejavam o retorno puro e simples ao jusnaturalismo, aos fundamentos vagos, abstratos ou metafísicos de uma razão subjetiva. Nesse contexto, o pós-positivismo não surge com o ímpeto da desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as idéias de justiça e legitimidade. O constitucionalismo moderno promove, assim, uma volta aos valores, uma reaproximação entre ética e Direito. Para poderem beneficiar-se do amplo instrumental do Direito, migrando da filosofia para o mundo jurídico, esses valores compartilhados por toda a comunidade, em dado momento e lugar, materializam-se em princípios, que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente. Alguns nela já se inscreviam de longa data, como a liberdade e a igualdade, sem embargo da evolução de seus significados. Outros, conquanto clássicos, sofreram releituras e revelaram novas sutilezas, como a separação dos Poderes e o Estado democrático de direito. Houve, ainda, princípios que se incorporaram mais recentemente ou, ao menos, passaram a ter uma nova dimensão, como o da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da solidariedade e da reserva de justiça⁶³.

⁶¹ Nesse sentido, demonstrando a ruptura da proteção jurídica do ser humano imposta pelo regime totalitário surgido no século XX em contraposição ao valor fundante originário das Declarações de Direito a partir do século XVIII, ver LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

⁶² SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na constituição federal**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2003. p. 41.

⁶³ BARROSO, Luis Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)**. Disponível em http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/DIALOGO-JURIDICO-06-SETEMBRO-2001-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf, acessado em 21.02.08.

Com efeito, os princípios jurídicos chegam à fase do pós-positivismo com resultados consolidados, tais como: a suspensão da distinção clássica entre princípios e normas; a proclamação da normatividade, o reconhecimento de sua positividade, a transição crucial da ordem jusprivatista (sua antiga inserção nos Códigos) para a órbita juspublicística (seu ingresso nas constituições).

Esse movimento de transformação normativa alterou as funções dos princípios do Direito Positivo, os quais durante as Codificações do Século XIX atuavam como fontes de mero teor supletivo, como princípios gerais de caráter civilísticos e, a partir do Século XX, passaram a atuar como fundamentos de todo o ordenamento jurídico, na qualidade de princípios constitucionais.

Em razão de acréscimos teórico analíticos de Dworkin e Alexy, pacificou-se a distinção entre regras e princípios como espécies do gênero norma de direito. Tal como explicita Cláudio Luiz Bueno de Godoy, citando doutrina de Luis Roberto Barroso apoiada nos ensinamentos de Robert Alexy, ‘os princípios, ao contrário das regras, tidas como comandos de definição, são sempre comandos de otimização do sistema, que lhe dão unidade e coerência, tendendo a realizar-se sempre da forma mais ampla possível’⁶⁴.

Os princípios, portanto, podem estar implícitos ou explícitos no ordenamento jurídico, mas são, em regra, identificáveis. Nem todos nascem da mesma maneira,

⁶⁴ Godoy, Cláudio Luiz Bueno. **A função social do contrato**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 100. A propósito da distinção entre regra e princípio, necessário destacar o ensinamento de Luís Roberto Barroso: “A *distinção qualitativa entre regra e princípio é um dos pilares da moderna dogmática constitucional, indispensável para a superação do positivismo legalista, onde as normas se cingiam a regras jurídicas. A Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as idéias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central. A mudança de paradigma nessa matéria deve especial tributo à sistematização de Ronald Dworkin. Sua elaboração acerca dos diferentes papéis desempenhados por regras e princípios ganhou curso universal e passou a constituir o conhecimento convencional na matéria. Regras são proposições normativas aplicáveis sob a forma de tudo ou nada (“all or nothing”). Se os fatos nela previstos ocorrerem, a regra deve incidir, de modo direto e automático, produzindo seus efeitos. Por exemplo: a cláusula constitucional que estabelece a aposentadoria compulsória por idade é uma regra.... Princípios contêm, normalmente, uma maior carga valorativa, um fundamento ético, uma decisão política relevante, e indicam uma determinada direção a seguir. Ocorre que, em uma ordem pluralista, existem outros princípios que abrigam decisões, valores ou fundamentos diversos, por vezes contrapostos. A colisão de princípios, portanto, não só é possível, como faz parte da lógica do sistema, que é dialético. Por isso a sua incidência não pode ser posta em termos de tudo ou nada, de validade ou invalidade. Deve-se reconhecer aos princípios uma dimensão de peso ou importância.” (BARROSO, Luis Roberto. **Fundamentos Teóricos E Filosóficos Do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)**). Disponível em http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/DIALOGO-JURIDICO-06-SETEMBRO-2001-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf, acessado em 21.02.08. p. 21-22).*

ora nascem do resgate do Direito Natural (Direito consuetudinário), ora do descobrimento de princípios no interior do Direito Positivo.

São, portanto, os princípios elementos formadores e informadores do Direito.

Exatamente esse o entendimento de Judith Martins Costa que, diante de todos os equívocos significados do termo 'princípios', identifica um caráter fundamental, sendo a característica fundante o principal traço individualizador⁶⁵.

Assim, tem-se que os princípios são valores fundantes da Constituição, normas jurídicas e fontes fundamentadoras do ordenamento jurídico, estando a grande tábua dos princípios nos direitos fundamentais (artigos 1º e 3º da Constituição Federal/88), de modo a concluir que os princípios surgem do topo, revelando o maior grau de percepção para a solução do caso concreto⁶⁶.

Registre-se, ainda, a distinção entre princípios e valores constitucionais porque estes são os ideais que a Constituição pretende alcançar, enquanto os princípios são a tradução de tais valores, isto é, nada mais são do que os valores constitucionais providos de conteúdo normativo⁶⁷.

Segundo Canaris, em razão da insuficiência do grau de concretização, os princípios não permitem a subsunção, tal como ocorre com as regras jurídicas, situando-se, no plano da fluidez, entre os valores e as regras jurídicas. "Excedem os valores, em termos de concretização, por já delinearem indicações sobre as suas conseqüências jurídicas, mas ainda não alcançam o grau de densidade normativa das regras, pois não têm delimitadas, com a precisão necessária, as respectivas hipóteses de incidência e conseqüências jurídicas"⁶⁸.

A seu turno, entende Ruy Samuel Espíndola⁶⁹ que princípio é norma, distinguindo o autor entre princípios positivos do direito e princípios gerais do direito.

⁶⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 321.

⁶⁶ Já as cláusulas pétreas são valores fundamentais a serem protegidos e não fundantes do sistema normativo.

⁶⁷ Ver, nesse sentido, OPPO, Giorgio. **Sui principi generali del diritto privato**. Rivista de Diritto Civile, Ano: 37, n.1, p.475-94, 1991.

⁶⁸ Apud SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na constituição federal**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2003. p. 43.

⁶⁹ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceitos de princípios constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 43/104.

Para referido autor, princípio geral do direito é o não positivado, que pode nascer de dois modos: do resgate de princípios do âmbito do direito natural ou do descobrimento de princípios do direito positivo.

Doutro lado, princípios positivos do direito são princípios jurídicos normatizados e, assim, os princípios têm força normativa, vinculatividade e positividade, pois, em última análise, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos não há porque não devam ser normas, também, os princípios.

Há que se destacar, ainda, a multifuncionalidade dos princípios no ordenamento constitucional.

Em primeiro, ressalte-se a função fundamentadora dos princípios, eis que corporificam os valores supremos ao redor dos quais gravitam os direitos, as garantias e as competências de uma sociedade constitucional, tal como acentuou Paulo Bonavides⁷⁰.

O papel hermenêutico dos princípios se consubstancia no caráter de vetor exegético, auxiliando a compreensão e aplicação das demais normas constitucionais e infraconstitucionais.

A função supletiva, por fim, tem por escopo, na ausência de regras constitucionais específicas, a regulação de comportamentos, possibilitando o desenvolvimento, integração e complementação do direito.

Quanto às regras (especiais e aplicadas em situação jurídica determinada), ressalta-se a aplicação da validade (revogação de uma por outra), noutro caso, serão, os princípios, sujeitos a um juízo de ponderação, devendo haver a harmonização e nunca a revogação de um princípio por outro.

Nesse sentido, necessário destacar o pensamento de Dworkin e Robert Alexy, sintetizados de forma clara e objetiva por Marcus Eduardo de Carvalho Dantas em artigo específico sobre o tema:

Mas como distinguir *rules* de *principles of law*? Dworkin entende que a diferença entre eles é qualitativa, mais diretamente ligada à forma pela

⁷⁰ Apud SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na constituição federal**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2003. p. 54.

qual ambas as espécies normativas podem ser concretizadas. Por influência do pensamento de Wittgenstein, as regras são consideradas como “fatos” e são ou não são aplicadas, de acordo com o chamado “tudo ou nada” (*all or nothing*) já que o conflito entre elas encerra um problema relativo à sua validade. Regras são concretas e específicas no que diz respeito à sua aplicação, ou seja, são inflexíveis, porque partem de uma hipótese de incidência predeterminada que, uma vez preenchida, demanda a sua consequência normativa, independentemente de quaisquer outras considerações. ... Os princípios possuem peso e importância a serem considerados no caso concreto, de maneira que não podem ser violados do mesmo modo que as regras. Na hipótese de conflito entre princípios, deve prevalecer, de forma imediata, aquele que concretamente possui o peso maior, ou maior importância. ... O juiz deve resolver o conflito entre princípios por uma escolha racional do princípio eleito⁷¹.

Delineando os contornos mais precisos de Alexy para com as estipulações de Dworkin, assevera citado autor que “a ponderação nada mais é do que um processo de argumentação que vai confrontar as razões em jogo no caso concreto, os argumentos que pleiteiam sua concretização. Se os princípios engendram uma inegável carga valorativa (Alexy afirma que os princípios são como valores) então a ponderação, sopesamento, ou seja, lá o nome que tenha esse processo de argumentação e contraposição de razões, só ocorrerá com algum grau de segurança e racionalidade se for instruído por um conjunto de regras que, na forma de procedimento, defina as condições de prevalência, as regras de prioridade, a prioridade *prima facie*, etc.”⁷².

Por outro lado, cabe destacar a atuação do princípio da proporcionalidade, com base na doutrina de Suzana Toledo Barros, como meio de controle da discricionariedade legislativa e administrativa, abrindo ao Judiciário uma estratégia de ação construtiva para produzir o melhor resultado, ainda quando não seja o único possível:

O *princípio da proporcionalidade* tem por conteúdo os subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Entendido como parâmetro a balizar a conduta do legislador quando estejam em causa limitações a direitos fundamentais, a *adequação* traduz a exigência de que os meios adotados sejam apropriados à consecução dos objetivos pretendidos; o pressuposto da *necessidade* é que a medida restritiva seja indispensável à conservação do próprio ou de outro direito fundamental e que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz,

⁷¹ DANTAS, Marcus Eduardo de Carvalho. Princípios e Regras: Entre Alexy e Dworkin. In: Moraes, Maria Celina Bodin de (Coord.). **Princípios do Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 547-565.

⁷² DANTAS, Marcus Eduardo de Carvalho. Princípios e Regras: Entre Alexy e Dworkin. In: Moraes, Maria Celina Bodin de (Coord.). **Princípios do Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 547-565. p. 559.

mas menos gravosa; pela *proporcionalidade em sentido estrito*, pondera-se a carga de restrição em função dos resultados, de maneira a garantir-se uma equânime distribuição de ônus⁷³.

Eros Roberto Grau, destacando a importância dos princípios, afirma, por fim, que “cada direito não é mero agregado de normas, porém um conjunto dotado de unidade e coerência – unidade e coerência que repousam precisamente sobre os seus (dele, de um determinado direito) princípios. Daí a ênfase que imprimi à afirmação de que são normas jurídicas os princípios, elementos internos ao sistema; isto é, estão nele integrados e inseridos”⁷⁴.

Ou seja, não se olvida hodiernamente da atuação e aplicação dos princípios na ordem normativa vigente como estruturas mestras do sistema jurídico, norteando os efeitos sobre as normas e balizando a interpretação e integração do ordenamento como um todo, incidindo, ainda, sobre o conteúdo das relações entre situações subjetivas, funcionalizando-as aos novos valores⁷⁵.

Não obstante as posições doutrinárias que negam a categoria de norma aos princípios⁷⁶, há que se destacar a atual técnica que vem sendo utilizada pelos códigos, no sentido de veicularem as denominadas cláusulas gerais, previsão esta oposta à técnica da causuística, de antevisão e descrição, pelo legislador, de determinada hipótese fática, permitindo, tal como afirma Karl Engisch, a sujeição de um vasto grupo de situações, de modo ilacunar e com possibilidade de ajustamento, a uma consequência jurídica⁷⁷.

Karl Larenz, ao analisar o conteúdo lógico-fomal do Código Civil Alemão, afirma que a adoção de determinada técnica pelo legislador está relacionada ao estado da Ciência do Direito e à forma predominante de pensar de cada época: “Depende considerablemente el contenido lógico-formal de una ley de los fines que

⁷³ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. p. 214.

⁷⁴ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 146.

⁷⁵ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. São Paulo: Renovar, 2002. p. 12.

⁷⁶ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 96 : “Finalmente, os princípios necessitam, para a sua realização, da concretização através de subprincípios e de valorações singulares com conteúdo material próprio. De facto, eles não são normas e, por isso, não são capazes de aplicação imediata, antes devendo primeiro ser normativamente consolidados ou <<normativizados>>. Para tanto é imprescindível a intermediação de novos valores autónomos”.

⁷⁷ ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 8ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 231-235.

persigue el legislador, y también de estado de la ciencia del Derecho y de la forma de pensar predominante en la época. Distinguimos el estilo legal casuístico, el abstracto-generalizador y el de líneas de orientación⁷⁸.

Em que pese o exemplo primeiro de cláusula geral remontar à cláusula geral de boa-fé objetiva prevista no §242 do Código Civil Alemão, datado de 1869, no Brasil, a sua inspiração vem da Constituição Federal de 1988, transformando a técnica legislativa⁷⁹.

Na Alemanha, referido dispositivo permitiu uma dogmática jurídica criativa, fundada e amparada num elevado patamar cultural e na segurança das convicções científicas dos juristas que a operavam, o que possibilitou a criação de uma dinâmica ponte entre as fontes de produção jurídica e a solução dos casos concretos, percorrendo um percurso inacessível ao legislador⁸⁰, o que se espera ocorra em nosso meio, tal como paulatinamente acenam os julgados das Cortes de Justiça.

De fato, sem se pretender uma análise exaustiva acerca da natureza das cláusulas gerais⁸¹, há que se destacar que o ponto que prevalece no que concerne às referidas cláusulas são os valores ou princípios que ela carrega ou a que ela remete^{82 83}.

⁷⁸ LARENZ, Karl. **Derecho civil. Parte general**. Madrid: EDERSA, 1978. p. 30-31. Diferencia o autor, ainda, o estilo casuístico do estilo abstrato-generalizador, remetendo ao primeiro a exigência de uma regulamentação completa que não deixe margem a dúvidas, tecendo crítica com relação ao mesmo, em razão da impossibilidade de previsão das situações de fato a serem tuteladas pelo Direito: *"Una condición necesaria para ello es su convicción de que le sea posible prever y regular adecuadamente todos los casos futuros, esto es, un optimismo de la razón que fue propio del siglo XVIII, la época de la Ilustración. ... Por ello el Código no había de necesitar técnicas interpretativas y debía dar cabida lo menos posible al arbitrio judicial. ... Frente a esto, un legislador consciente de la imposibilidad de prever todos los casos concebibles, y que esté dispuesto a confiar en el fallo del juez al aplicar las reglas generales a casos particulares, preferirá el estilo abstractivo-generalizador o el de líneas de orientación, o bien una combinación de ambos. En uno y otro caso pretenderá exponer puntos de vista generales que sean aplicables a una pluralidad de casos posibles, aun a aquellos que no pueda prever en los pormenores. Si se limita a establecer módulos de apreciación que no están definidos por rasgos distintivos precisamente delimitados y que por ello dejan al juez, al aplicarlos al caso particular, un considerable margen para dictaminar, procede entonces el legislador en el sentido del estilo de líneas de orientación"*.

⁷⁹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 285.

⁸⁰ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 293.

⁸¹ Ver, nesse sentido, JORGE JÚNIOR, Alberto Gosson. **Cláusulas gerais no novo código civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

⁸² JORGE JÚNIOR, Alberto Gosson. **Cláusulas gerais no novo código civil**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 9.

⁸³ Judith Martins-Costa não admite a equiparação de cláusulas gerais a princípios, não discordando, no entanto, que os últimos possam estar contidos nas primeiras. V. MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 316.

Isto porque, as cláusulas gerais visam dotar o sistema de normas com característica de mobilidade, propiciando a abertura ao ordenamento jurídico, evitando-se a tensão que ocorre entre preceitos normativos rígidos e valores em mutação, para conferir soluções sistêmicas à diversidade de questões que se apresentam⁸⁴.

Nesse sentido, as denominadas cláusulas gerais objetivam à conformação do ordenamento jurídico, apresentando, tal como os princípios, um leque de complexidade decorrente do controle das fundamentações e na aplicação dos valores aos quais a norma remete. Propiciam, ademais, o ingresso de valores situados fora do sistema jurídico que podem ser introduzidos por meio da atuação judicial.

E, conforme lembrado por Judith Martins-Costa, a cláusula geral constitui uma disposição normativa que utiliza no seu enunciado uma linguagem de tessitura intencionalmente aberta, fluida ou vaga caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico, a qual é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista dos casos concretos, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema, mas que, contudo, *fundamentarão* a decisão, motivo pelo qual, “reiterados no tempo os fundamentos da decisão, será viabilizada a *ressistematização* destes elementos originariamente extra-sistemáticos no interior do ordenamento jurídico⁸⁵.”

Reside, nesse exato ponto, portanto, a diferença entre as cláusulas gerais e os princípios, pois aquelas permitem, primariamente, uma função *individualizadora* conduzindo o direito ao caso, e, secundariamente, a formação de *instituições* para responder a fatos novos, exercendo, assim, um controle corretivo do direito escrito, ao passo que, na falta de uma cláusula geral que sirva como ‘elemento de conexão’, o exame do caso concreto torna-se mais difícil e, principalmente,

⁸⁴ JORGE JÚNIOR, Alberto Gosson. **Cláusulas gerais no novo código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 10. Para Pietro Perlingieri, a técnica das cláusulas gerais tem o seguinte significado: “*Legislar por cláusulas gerais significa deixar ao juiz, ao intérprete, uma maior possibilidade de adaptar a norma às situações de fato*” (Cf. PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. São Paulo: Renovar, 2002. p. 27).

⁸⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 303.

assistemático, sendo de se ressaltar ser esta a grande função das cláusulas gerais⁸⁶.

Importante destacar, ainda, a questão da eficácia dos padrões *standards* como típicos de norma jurídica, na medida em que são reconhecidos como arquétipos exemplares da experiência social, pela fonte consuetudinária, negocial ou como valoração tipicizante das regras sociais, assim operada pela fonte jurisprudencial⁸⁷.

A adoção, portanto, das denominadas cláusulas gerais, ao contrário do que poderia sugerir num primeiro momento, se consubstancia em técnica de mobilidade interna do sistema, permitindo a sua sistematização, pois tal como se extrai da lição de Luigi Mengoni, citada por Cláudio Luiz Bueno de Godoy, as cláusulas gerais “concedem ao juiz uma medida, uma diretriz para a procura da norma de decisão; elas são uma técnica de formação judicial da regra a aplicar ao caso concreto, sem modelo de decisão pré-constituído por um tipo normativo abstrato. Neste sentido as cláusulas gerais são normas incompletas, fragmentos de normas: não têm uma autonomia típica própria, sendo destinada a concretizar-se no âmbito dos programas normativos de outras disposições”, ainda que estas outras disposições sejam um princípio⁸⁸.

O que a cláusula geral exige do julgador, desta forma, não é ato de vontade, mas sim ato de conhecimento.

As mudanças sociais havidas desde o fim do século XIX acabaram por determinar o abalo da teoria das fontes, determinando o que Clóvis do Couto e Silva chamaria de ‘crise’ ou, como prefere Stefano Rodotà, a ‘passagem cultural’⁸⁹ para uma nova concepção, na medida em que a nova sistemática representa o abandono do paradigma do sistema fechado para um sistema aberto, ou, de acordo com a denominação sugerida por Judith Martins-Costa, sistema de auto-referência

⁸⁶ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 343.

⁸⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 334.

⁸⁸ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 108.

⁸⁹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 274.

relativa⁹⁰, estando por trás desta passagem a queda do *'mondo della sicurezza'*, bem demonstrado por Natalino Irti⁹¹.

Nesse contexto, já se pode afirmar a dupla natureza da boa-fé, eis que se consubstancia em princípio e, ao mesmo tempo, diante da recepção normativa pelo artigo 422 do atual Código Civil, em cláusula geral, norteadora das relações privadas, o que, todavia, será abordado em tópico específico sobre o tema.

Delineadas as premissas básicas a respeito da atual concepção normativa, já se pode destacar, no que se refere o tema em estudo, ou seja, os desdobramentos da boa-fé na relação contratual, especificamente no que se refere à questão da violação da confiança, os primordiais fundamentos, tal como o princípio da iniciativa privada, respeito à dignidade da pessoa humana e a observância da solidariedade, todos estes positivados na ordem constitucional vigente.

3.3 - Das Orientações Normativas Emanadas pela Constituição Federal De 1988

Sem se pretender o aprofundamento na complexa tarefa de detalhamento das raízes constitucionais, no que interessa ao escopo do presente trabalho, releva destacar que a Constituição Federal de 1988, ao instaurar um Estado Democrático de Direito, fê-lo, não apenas em sentido formal.

Isto porque, a qualificação de 'democrático' atribuída ao Estado, irradia os valores da democracia sobre todos os seus elementos constitutivos e, também, sobre a ordem jurídica, razão pela qual, "o Direito, então, imantado por esses valores, se enriquece do sentir popular e terá que ajustar-se ao interesse coletivo"⁹².

⁹⁰ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 275. Ver nota de rodapé nº 8, por meio da qual a autora justifica a opção pela designação.

⁹¹ IRTI, Natalino. **L'età della decodificazione**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 4ª edição, 1999. p. 21/22.

⁹² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 23ª ed., 2004. p. 119.

Isto não quer significar, contudo, a adoção nem a passagem para o socialismo, abrindo apenas “as perspectivas de realização social profunda pela prática dos direitos sociais, que ela inscreve, e pelo exercício dos instrumentos que oferece à cidadania e que possibilita concretizar as exigências de um Estado de justiça social, fundado na dignidade da pessoa humana”⁹³.

É, portanto, no Estado Social de Direito que se abre espaço para a intervenção estatal, não só para atribuir igualdade entre as partes individualmente consideradas, mas sobretudo, dentro do contexto social, assumindo os direitos fundamentais uma nova dimensão, e caracterizando-se, como bem observa Júlio Cesar Finger:

...pelo desprendimento e redimensionamento da titularidade dos direitos fundamentais, que antes eram eminentemente vinculados aos sujeitos, para oferecerem uma órbita de proteção a determinados grupos sociais. Daí porque recebem a denominação de direitos de solidariedade ou de fraternidade. São normalmente citados como exemplos destes direitos os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à qualidade de vida, à comunicação, à conservação e utilização dos patrimônios histórico e cultural. No Brasil, essa dimensão somente veio a ser incorporada, em sua plenitude, com a Constituição Federal de 1988, embora tivesse sido esboçada na Constituição de 1946 e na Carta de 1967⁹⁴.

A dura tarefa que o Estado, nessa perspectiva, tende a realizar, é a síntese do ‘processo contraditório do mundo contemporâneo’, superando o Estado capitalista para configurar um Estado promotor de justiça social⁹⁵ não proporcionado pelas bases políticas, o que se acentua se se considerar a gritante diferença social existente entre a população de nosso país, o que dificulta, ainda mais, a tarefa de solução de litígio atribuída ao Poder Judiciário, que, contudo, deverá se pautar nos princípios adotados pela Constituição Federal.

⁹³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 23ª ed., 2004. p. 120.

⁹⁴ FINGER, Julio Cesar. **A constituição concretizada – Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil**. Porto Alegre, Do Advogado Editora: 2000. p. 90/91.

⁹⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 23ª ed., 2004. p. 120.

3.3.1 - O princípio da dignidade humana

Como já enfatizado em linhas anteriores, a evolução da sociedade no decorrer do tempo, também demonstra a referência à dignidade da pessoa humana em momentos distintos.

Inicialmente a dignidade se localizava em Deus, tendo o Cristianismo despertado no homem o sentimento de solidariedade para com o próximo. Já o iluminismo humanista colocou o homem como centro do universo através da racionalidade pura e não da religiosidade. Por fim, a Segunda Guerra Mundial com seus horrores acabou com a dignidade da pessoa humana, sendo que, desde a Primeira Guerra, a preocupação com os direitos sociais já havia sido introduzida em vários textos constitucionais.

A utilização da expressão “dignidade da pessoa humana” é recente no mundo do direito sendo que surgiu pela primeira vez, com concepção atualmente utilizada, em 1945 na Carta das Nações Unidas. Em nosso ordenamento, encontra previsão o art. 1º, inciso III Constituição Federal, como um dos fundamentos do Estado, integrantes de sua estrutura.

Todavia, ao optar por acautelar com especificidade bens como a intimidade, vida privada, honra, imagem e direito de resposta, não repetiu a fórmula germânica, alicerçada em cláusula geral de tutela à personalidade⁹⁶.

A concretização da idéia do que representa a dignidade da pessoa humana se consubstancia, atualmente, nos denominados direitos de personalidade, previsto expressamente no art. 11 do Código Civil vigente.

Assim, como destaca o Prof. Renan Lotufo⁹⁷ “Os direitos de personalidade podem ser divididos em direitos à integridade física e em direitos à integridade moral”.

A seu turno, Antônio Junqueira de Azevedo⁹⁸ considera que “Grosso modo, o pressuposto e as consequências do princípio da dignidade (art. 1º, III, da CR) estão

⁹⁶ ROSENVALD, Nelson. **Dignidade Humana e boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 31.

⁹⁷ LOTUFO, Renan. **Código Civil Comentado**. São Paulo: Saraiva, Vol. I, 2003. p. 50.

expressos pelos cinco substantivos correspondentes aos bens jurídicos tutelados no caput do art. 5º da CR; são eles: vida (é o pressuposto), segurança (primeira consequência), propriedade (segunda consequência) e liberdade e igualdade (terceira consequência) sendo o pressuposto absoluto e as consequências, “quase absolutas”.

Contudo, conforme assevera Maria Celina Bodin de Moraes, a mera transposição de princípios básicos do texto do Código Civil para o texto da Lei Maior é insuficiente, sendo necessário se averiguar quais são os valores expressos pelo legislador constituinte que informam o sistema como um todo, pois os direitos fundamentais, até a Constituição de 1988, serviam apenas para que o indivíduo se defendesse de uma eventual ingerência excessiva do Estado Ou seja, somente o Estado se subordinava aos comandos constitucionais e não o indivíduo, revelando, nesse ponto, o papel a ser desempenhado pela Carta Magna⁹⁹.

Desta forma tem-se que a dignidade da pessoa humana, prevista, no inciso III do art. 1º da Constituição Federal/88, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, consagrando-a, assim, como um dos princípios fundamentais, atribuindo-lhe valor supremo fundante da ordem jurídica democrática.

De outra parte, cuida o art. 3º da Constituição Federal dos objetivos fundamentais, os quais se caracterizam como instrumentos de realização, *não pela República Federativa do Brasil, mas pelo governo do Brasil aplicando a nova Lei maior*, ou seja os fundamentos previstos no art. 1º da Carta Magna, conforme assevera Manuel Gonçalves Ferreira Filho¹⁰⁰.

Realmente, a dignidade da pessoa humana, atualmente, se revela como o núcleo essencial dos direitos fundamentais¹⁰¹, sendo, simultaneamente valor e princípio, pois constitui elemento decisivo para atuação dos intérpretes e aplicadores

⁹⁸ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Caracterização Jurídica da Dignidade da Pessoa Humana. In: **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, vol. 797, março de 2002.p. 24.

⁹⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade humana. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 1-60. p. 3-5.

¹⁰⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva: 1997, v 1 – Arts. 1º a 103. p. 20.

¹⁰¹ ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 31.

da Constituição, na medida em que o direito só se justifica em função do ser humano¹⁰².

Representa, ainda, o respeito à integridade física e psíquica do indivíduo, bem como à disposição de condições mínimas de vida, proporcionando-lhe o pleno desenvolvimento pessoal e social.

É o que denomina Ana Paula de Barcellos¹⁰³, como as prestações que compõem o seu mínimo existencial, a seu ver a educação fundamental, a saúde básica, a assistência no caso de necessidade e o acesso ao Judiciário, sem o que não se revela uma vida digna, destacando, ainda, que o conteúdo material da dignidade da pessoa humana é a garantia de respeito aos direitos fundamentais como um todo¹⁰⁴.

Referidos perfis, representam, na verdade, o reconhecimento da eficácia do princípio em seu duplo aspecto¹⁰⁵, ou seja, um negativo, consubstanciado no dever de respeito ao valor que lhe dá conteúdo - a pessoa humana; o outro positivo, ou

¹⁰² Nesse sentido destaca-se também o pensamento do jurista espanhol Flórez Valdés para quem a pessoa, sua dignidade, e seus direitos são sempre considerados no texto constitucional como a razão de ser do Direito, como seu fundamento. São idéias básicas e predeterminantes no ordenamento jurídico. São, também, fundamento da ordem política e da paz social. Neste ponto, o autor lembra que Karl Larenz, vê a “paz jurídica” um verdadeiro princípio geral do direito. (FLÓREZ VALDÉS, Joaquín Arce. **Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional**. Madrid, Ed. Cuadernos Civitas, 1990, p. 93-163).

¹⁰³ BARCELLOS, Ana Paula. **Eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Renovar, 2002. p. 305.

¹⁰⁴ Nesse sentido, a afirmação de Luís Roberto Barroso: “*Dignidade da pessoa humana expressa um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio da humanidade. O conteúdo jurídico do princípio vem associado aos direitos fundamentais, envolvendo aspectos dos direitos individuais, políticos e sociais. Seu núcleo material elementar é composto do mínimo existencial, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade. Aquém daquele patamar, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade. O elenco de prestações que compõem o mínimo existencial comporta variação conforme a visão subjetiva de quem o elabore, mas parece haver razoável consenso de que inclui: renda mínima, saúde básica e educação fundamental. Há, ainda, um elemento instrumental, que é o acesso à justiça, indispensável para a exigibilidade e efetivação dos direitos*”. (BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)**. Disponível em http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/DIALOGO-JURIDICO-06-SETEMBRO-2001-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf, acessado em 21.02.08. p. 26-27)

¹⁰⁵ Nelson Rosenvald, no mesmo sentido, aduz que: “*Em linhas gerais, diante das amplas possibilidades de afirmação do ser humano fundadas no princípio democrático, Fernando Ferreira dos Santos também cogita de uma dupla dimensão constitutiva da dignidade: negativa e positiva. Aquela significa a imunidade do indivíduo a ofensas e humilhações, mediante ataques à sua autonomia por parte do Estado e da sociedade. Já a dimensão positiva importa em reconhecimento da autodeterminação de cada homem, pela promoção de condições que viabilizem e removam toda sorte de obstáculos que impeçam uma vida digna*”. (ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 09-10).

seja, oferta de meios e modos para expansão das potencialidades de sua personalidade.

Frise-se, ainda, a noção de alteridade intimamente ligada à idéia de dignidade da pessoa humana, na medida em que, se o fim natural de todos os homens é a realização de sua própria felicidade, não basta agir de modo a não prejudicar ninguém. Há ainda uma função positiva que consiste em privilegiar, na medida do possível, os fins alheios. Ou seja, reconhecer-se no outro é critério fundamental para a identidade do sujeito¹⁰⁶.

Portanto, pode-se afirmar que hodiernamente, a dignidade da pessoa humana, alçada a princípio constitucional, contém valores éticos-jurídicos fornecidos pela própria democracia e vem a significar a completa transformação do direito civil, que não mais encontra o seu fundamento axiológico em valores individualistas, mas sim em valores humanistas.

Ao referir que se a humanidade das pessoas reside no fato de serem elas racionais, dotadas de livre arbítrio e de capacidade para interagir com outros e com a natureza, aduz Maria Celina Bodin de Moraes que será desumano, e, portanto, atentatório à dignidade humana, tudo aquilo que puder reduzir a pessoa à condição de objeto, do que decorre quatro postulados: 1. sujeito moral reconhece a existência de outros sujeitos iguais à ele; 2. estes também são merecedores do mesmo respeito à integridade psico-física; 3. os sujeitos são dotados de vontade livre, de autodeterminação; 4. o sujeito é parte do grupo social em relação ao qual tem o direito de não vir a ser marginalizado¹⁰⁷.

Como consequência desta proposição são os princípios jurídicos da igualdade, da integridade física e moral, da liberdade e da solidariedade, sendo estes dois últimos o objeto de pesquisa nos itens que se seguem, por estarem ligados diretamente à questão da relação contratual, tema central do presente estudo.

¹⁰⁶ ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 07.

¹⁰⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade humana. In: Moraes, Maria Celina Bodin de (Coord.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 1-60. p. 16/17.

3.3.2 - O princípio da liberdade

A questão da liberdade está ligada às situações subjetivas e, nesse passo, aos direitos subjetivos.

Isto porque, como protagonista do Código Civil oriundo da era liberal, cabia ao indivíduo amplo poder de disposição, eis que tutelada a igualdade formal no âmbito de relações patrimoniais, o maior expoente da sociedade que se libertara.

O Código francês, que regia todas as relações, fazendo as vezes de Constituição, estabelecendo as regras do jogo e o valor fundamental da época, ou seja, a liberdade e igualdade para todos, cabendo a cada um cuidar somente de seus interesses, estando o direito subjetivo, nesse passo, atrelado somente à vontade do sujeito, na época totalmente carente de direitos políticos.

Tal concepção, como já demonstrado no início, denominada de liberalismo jurídico, apresentava o direito privado como o 'coração de toda a vida jurídica' e o direito público como uma 'leve moldura que devia servir de proteção ao primeiro', de acordo com a citação de Radbruch¹⁰⁸.

Contudo, a partir do momento em que situações extrapatrimoniais rogaram por regulamentação. Ou melhor, até que ponto a pessoa tinha poderes de disposição, sem que fosse ferida a ordem pública, a moral e os bons costumes, designações que, então se consideravam os princípios fundantes de qualquer ordenamento jurídico.

Nesse contexto é que se vislumbra a superação da dicotomia entre direito público e privado, não mais de destacando a concepção que considerava o direito subjetivo, *a priori*, como um poder atribuído à vontade individual pura e simplesmente, impondo-se o respeito ao interesse de terceiros e da coletividade, passando a limitação de exceção para a identificação de institutos jurídicos¹⁰⁹.

¹⁰⁸ Apud MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade humana. In: Moraes, Maria Celina Bodin de (Coord.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 1-60. p. 41.

¹⁰⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade humana. In: Moraes, Maria Celina Bodin de (Coord.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 1-60. p. 41.

A mudança da situação da liberdade, portanto, foi grande, pois a situação subjetiva passa a ser merecedora de proteção se e enquanto estiver em conformidade com o poder de vontade do titular, mas também em harmonia com o interesse social, garantida com a técnica das limitações e dos vínculos¹¹⁰.

A liberdade individual atualmente concebida, portanto, representa não o simples arbítrio, mas deve ser atentar para a realização de um valor positivo, pois as situações existências exprimem-se não somente em termos de direitos, mas, também, de deveres: no centro do ordenamento está a pessoa, não como vontade de realizar-se libertariamente, mas como valor a ser preservado também no respeito de si mesma¹¹¹.

E, se as relações existenciais devem ser analisadas nesse contexto, o direito de liberdade da pessoa está intimamente ligado ao dever de solidariedade social, já que não se pode conceber o indivíduo fora do contexto social.

3.3.3 - O princípio da solidariedade

De fato, tal como acima exposto, a relação social do indivíduo faz pressupor, a análise sob a ótica coletiva, considerando-se o indivíduo inserido no contexto social, surgindo nesse sentido o estudo da solidariedade, em contraposição à ótica individual, que concerne à sua dignidade¹¹².

Referido princípio por sua vez, encontra assento, em nosso ordenamento, no art. 3º, inciso I da Constituição Federal, sendo que está previsto como um dos objetivos a ser perseguido pela República, na esteira do que ocorre com o princípio da liberdade¹¹³, abordado no tópico anterior.

Seguindo a linha das Constituições que surgiram após os horrores produzidos pela Segunda Guerra Mundial, foram acolhidos pelo ordenamento pátrio referidos

¹¹⁰ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. São Paulo: Renovar, 2002. p. 121-122.

¹¹¹ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. São Paulo: Renovar, 2002. p. 298-299.

¹¹² Mazeud, Denis. **Loyauté, solidarite, fraternité: lanouvelle devise contratulle? In L'anevir du droit**. Dalloz: Paris, 1999. p. 605-609.

¹¹³ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. "Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária."

fundamentos, com a Constituição promulgada em 1988, alterando-se a tábua axiológica, para o fim de privilegiar as situações existenciais em face das situações de cunho patrimonial.

Nesse sentido, a solidariedade, estabelecida em nosso ordenamento como princípio, ou seja, como fundamento, deve ser considerada tanto pelo legislador, quanto pelo administrador e, ainda, quando da interpretação e aplicação do direito, tendo em vista a importante representação do indivíduo no tecido social, decorrente da imprescindível necessidade da coexistência humana, que, por sua vez, se encontra fundada na obrigação moral instituída no brocardo de “não fazer aos outros o que não se deseja que lhe seja feito”¹¹⁴.

No entanto, a solidariedade social, na juridicizada sociedade atual, não é encarada como mero resultado de eventuais ações éticas ou caridosas, mas um princípio dotado de força normativa tendente a tutelar o respeito a cada indivíduo, servindo de fundamento, conforme a incipiente formulação de Maria Celina Bodin de Moraes, para lesões decorrentes de sua não realização, tal como ocorre no descumprimento aos deveres fundados na boa-fé¹¹⁵.

Teresa Negreiros, ainda, com a clareza que lhe é peculiar, assevera que, além da mudança de enfoque, do individual para o coletivo, a solidariedade social supõe a relevância da condição social do destinatário da norma e, assim, mostra-se incompatível com a concepção abstrata e formal de sujeito de direito¹¹⁶.

Para Perlingieri, a solidariedade constitucional, também estabelecida na Magna Carta Italiana, tem o seguinte sentido: “a participação das pessoas na gestão das formações sociais não deve dirigir-se ao eficientismo destas últimas, mas ao pleno desenvolvimento da pessoa. O tema da solidariedade constitucional, portanto, deve ser entendido em relação aos da igualdade e da igual dignidade social”¹¹⁷.

¹¹⁴ Interessante alusão à denominada ‘regra da prata’, dentre outras, é feita por Maria Celina Bodin de Moraes, todas no sentido de explicitar regras éticas encerradas em diversos padrões de comportamento. (MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade humana. In: Moraes, Maria Celina Bodin de (Coord.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 1-60. p. 46/47).

¹¹⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade humana. In: Moraes, Maria Celina Bodin de (Coord.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 1-60. p. 50.

¹¹⁶ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato – novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 18.

¹¹⁷ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. São Paulo: Renovar, 2002. p. 37.

Assim, acentua referido autor, mais adiante, que “uma das interpretações mais avançadas é aquela que define a noção de igual dignidade social como instrumento que ‘confere a cada um o direito ao ‘respeito’ inerente à qualidade de homem, assim como a pretensão de ser colocado em condições idôneas a exercer as próprias aptidões pessoais, assumindo a posição a estas correspondentes”.

Neste sentido, Celso Lafer, após destacar a importância do estado de direito acentua que o princípio da igualdade não é natural, pois “as pessoas não nascem iguais e não são iguais nas suas vidas. A igualdade resulta da organização humana. Ela é meio de igualizar as diferenças através das instituições”¹¹⁸.

Conforme destacado entendimento de Fabio Konder Comparato, a solidariedade social, mais ainda, significa impor a todos "deveres positivos de colaboração (situação em que hoje devem ser colocados os contratantes, como já salientado) e leva em conta as diferenças de condição social, ou seja, dá um sentido de interdependência à vida humana"¹¹⁹.

Portanto, o princípio do solidarismo quer significar que o contrato, na sua atual concepção, deve preservar uma substancial igualdade entre as partes, a fim de que as contratações se mostrem justas, mediante a exigência de colaboração entre os contratantes, privilegiando as opções valorativas do sistema.

Mas não é só. Extrai-se de referido princípio a necessidade de fomentação da justiça distributiva, com acesso a bens e serviços entre desiguais, o que se revela necessário, principalmente se se considerar o atual consumo de massa, desencadeado pelo desenfreado desenvolvimento capitalista.

Interessante anotar a remissão histórica sobre o tema, pois desde a Revolução Industrial operou-se a formação da chamada *sociedade de consumo* em que se verifica uma elevada produção de bens para um número igualmente grande de consumidores, observando-se, contudo, que somente pequena parcela da população detém os meios de produção destes bens, o que revela a situação de superioridade destes últimos em determinar nos primeiros uma *vontade de consumo*

¹¹⁸ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**. São Paulo: Companhia das Letras, 2003. p. 152.

¹¹⁹ Apud GODOY, Cláudio Luiz Bueno. **A função social do contrato**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 126.

impondo critérios econômicos fixados por aqueles, estando rompida, desta forma, a igualdade de condições entre os contratantes para a celebração do contrato¹²⁰.

Referida situação de desencontro entre o ideal constitucional e a realidade social que prevalece ainda na modernidade é bem retrata por Eros Grau, no seguinte sentido: "Há marcante contradição entre o neoliberalismo - que exclui, marginaliza - e a democracia, que supõe o acesso de um número cada vez maior de cidadãos aos bens sociais. Por isso que dizemos que a racionalidade econômica do neoliberalismo já elegeu seu principal inimigo: o Estado Democrático de Direito. O discurso neoliberal confronta o discurso liberal, que viabilizou o acesso da generalidade dos homens não apenas a direitos e garantias sociais, mas também aos direitos e garantias individuais. Pois é contra as liberdades formais, no extremo, que o discurso neoliberal investe"¹²¹.

Desta forma, como bem concluído por referido autor, é necessário que "O Estado se empenhe na defesa do capitalismo contra os capitalistas", mostrando-se a aplicação dos princípios constitucionais o principal meio de equilíbrio do sistema, nessa medida.

Interessante notar que Eros Roberto Grau aponta o princípio da justiça social como conformador da concepção de existência digna, cuja realização é o fim da ordem econômica e que compõe um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Justiça social, portanto, não designa meramente uma espécie de justiça, porém um seu dado ideológico, significando a superação das injustiças na repartição, a nível pessoal, do produto econômico, passando a conotar, com o passar dos tempos, cuidados com a repartição do produto econômico, não apenas inspirados em razões micro, mas macroeconômicas, pois "as correções na injustiça da repartição deixam de ser apenas uma imposição ética, passando a consubstanciar a exigência de qualquer política econômica capitalista"¹²².

Nesse sentido de solidarismo social, então, tende-se a afirmar que o contrato deve ter efeito distributivo, compreendendo-se não só a distribuição de riqueza ou a

¹²⁰ CALIXTO, Marcelo Junqueira. O princípio da vulnerabilidade do consumidor. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. (Coord.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 315-316.

¹²¹ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 47.

¹²² GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 203-204.

organização da atividade econômica, mas também a necessidade de garantia e facilitação de acesso ao consumo, devendo atentar, ainda, para a substancial igualdade entre as pessoas, mesmo que a relação não seja paritária, o que ocorrerá por meio da exigência de colaboração no atuar contratual, a fim de serem prestigiadas contratações justas e, via de consequência, os valores adotados pelo sistema.

3.3.4 - O princípio da livre iniciativa e livre concorrência

Assim, uma vez delineados os contornos da dignidade da pessoa humana e da solidariedade no que respeita à relação contratual atualmente concebida, insta asseverar, por outro lado, que para o desenvolvimento de uma nação, fundamental é a tutela da livre iniciativa, prevista no art. 1º, inciso IV da Constituição Federal Pátria.

E, inerente à Livre Iniciativa é a Livre Concorrência, que se caracteriza como exigência lógica para que haja mercado. A existência de mercado e, até mesmo, de Democracia se fulcra, assim, na Livre Concorrência ou pluralidade, a qual não pode ocorrer sem a Livre iniciativa.

Ressalte-se, contudo, que não se pode admitir o tratamento da matéria inserido no contexto de liberalismo econômico desenfreado, tal como ocorria no século XIX e início do século XX, tendo em vista que naquele tempo o modelo de Estado era Liberal, prevalecendo a irrestrita liberdade dos particulares, sempre com atenção nos seus individuais interesses.

Com a adoção de postulados sociais pelas constituições, com o que se harmonizou a Constituição Federal de 1988, o princípio da livre iniciativa “há de ser entendido no contexto de uma Constituição preocupada com a Justiça Social e com o bem estar coletivo”¹²³.

¹²³ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 23ª ed., 2004. p. 774. Esclarece o autor, mais adiante, quanto à preocupação com a justiça social pelo Estado, que esta “*não pode significar mais do que “liberdade de desenvolvimento da empresa no quadro estabelecido pelo poder público e, portanto, possibilidade de gozar das facilidades e necessidade de submeter-se às limitações postas pelo mesmo.” É legítima enquanto exercida no interesse da justiça social*”.

A Livre Iniciativa, desta forma, prevista no art. art. 1º, IV e no art. 170, *caput*, da Constituição Federal, se expressa como desdobramento da liberdade, e deve ser considerada sob o aspecto valorativo social e não individual.

Assim, a Livre iniciativa prevista no artigo 170 da Constituição Federal é a raiz da Livre Concorrência, sendo princípio fundante da República, estabelecido no inciso VI do artigo 1º, da Constituição Federal, e deve ser realizada com vista ao atendimento dos preceitos da dignidade humana e justiça social abordados no tópico antecedente.

Neste sentido a posição de Eros Grau¹²⁴, para quem “a livre iniciativa não se resume, aí, a princípio básico do liberalismo econômico ou à liberdade de desenvolvimento da empresa apenas – à liberdade única do comércio, pois em outros termos: não se pode visualizar no princípio tão-somente uma afirmação do capitalismo”.

Ressalta, ainda, referido autor, o duplo aspecto da livre iniciativa econômica: enquanto liberdade de comércio e indústria e enquanto liberdade de concorrência, significando o primeiro a garantia da legalidade, ou seja, a liberdade pública de não sujeição a qualquer restrição em virtude de lei, em termos absolutos, de imposição pelo Estado de autorização para o exercício de qualquer atividade econômica.

A livre iniciativa, assim, conforme acepção de Eros Grau é expressão de liberdade intitulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho, sendo um modo de expressão deste último e, por isso mesmo, corolário da valorização do trabalho, razão pela qual a Constituição, no art. 1º, IV, enuncia como fundamento da República o valor social e não as virtualidades individuais da livre iniciativa, e, de outro, no art. 170, *caput*, dispõe lado a lado *trabalho humano e livre iniciativa*, curando, contudo, no sentido de que o primeiro seja valorizado¹²⁵.

Disso resulta, portanto, que são fundamentos da Constituição o *valor social do trabalho* e o *valor social da livre iniciativa*, pois esta é expressão de liberdade não só sob o prisma do capital, mas também do trabalho.

¹²⁴ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 182.

¹²⁵ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 186.

Livre concorrência, por sua vez, advém da liberdade de iniciativa econômica, e é por meio dela que é possível ao mercado se aperfeiçoar, o que ocorre, todavia, sem que haja igualdade, ou, melhor dizendo, a livre concorrência só acontece em razão da ausência de igualdade.

Isto não quer significar, todavia, que exista incompatibilidade entre livre concorrência e a proteção social econômica estabelecida na Constituição, uma vez que esta oferece mecanismos de controle, tal como a função social da propriedade, a proteção do consumidor e a repressão ao abuso de direito, exemplificativamente.

Desta forma, a função social do contrato, conforme Carlos Alberto Goulart Ferreira, “repousa na harmonia entre a autonomia privada e a solidariedade social. Fala-se, por isso mesmo, na transformação da moral individualista em moral social, dos códigos de puros direitos privados em códigos de direito privado social”¹²⁶.

Assim, em razão dos princípios orientadores de nosso ordenamento é que a função social restou expressamente prevista no art. 421 do Código Civil, evidenciando-se a funcionalização do contrato, de maneira que este deve ser socialmente útil, havendo interesse público em sua proteção.

Interessante é a observação de Eduardo Messias G. de Lyra Jr., no sentido de que “a função social do contrato deve apresentar um matiz ativo, consistente em comportamentos positivos (...), de modo a impor, aos figurantes daquele negócio um dever de atuação em benefício de outrem e não, tão-somente, um dever de não causar prejuízo a outrem”¹²⁷.

Carlos Alberto Goulart Ferreira¹²⁸, bem finaliza a análise do tema, ao transcrever o entendimento de Miguel Reale, sobre a função social do contrato, aduzindo que é o princípio da solidariedade governando o Direito Obrigacional, sendo o art. 421 do Código Civil um preâmbulo de todo o direito contratual.

¹²⁶ FERREIRA, Carlos Alberto Goulart. Equilíbrio contratual. In: LOTUFO, Renan (Org.). **Direito Civil Constitucional – Cadernos 1**. São Paulo: Ed. Max Limonad, 1999. p. 113.

¹²⁷ LYRA JÚNIOR, Eduardo Messias Gonçalves de. **Os princípios do direito contratual**. Revista de Direito Privado nº 12. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 151.

¹²⁸ FERREIRA, Carlos Alberto Goulart. Equilíbrio contratual. In: LOTUFO, Renan (Org.). **Direito Civil Constitucional – Cadernos 1**. São Paulo: Ed. Max Limonad, 1999. p. 115.

Por isso é que, para finalizar, não pode ser considerada como titular da livre concorrência, a seu turno, a sociedade, visto que o social é o quanto produzido pelo individual, sendo de notar, contudo, que esta liberdade é concebida pelo ordenamento não como liberdade irrestrita, mas social, tal como ora demonstrado.

4 – A RELAÇÃO CONTRATUAL REVISTA

4.1 – Atuais Contornos Da Nova Realidade Contratual

De fato, um breve pensar acerca da evolução dos tempos, demonstra que, desde a revolução industrial até os dias de hoje, ocorreram várias mudanças, seja no campo do progresso da ciência ou mesmo em razão do absurdo aumento populacional, com profundas transformações econômicas e sociais, que deram origem a uma nova realidade contratual, caracterizada pela massificação das relações e conseqüente despersonalização do contrato.

A multiplicação e extensão das atividades humanas desenvolvidas no último século se relacionam a um período de tempo e a uma localização geográfica inicial, mas que por enquanto deixa suas características principais guardadas em segurança numa caixa preta¹²⁹, eis que ainda desconhecidos os reflexos deste período, denominado por alguns de alta modernidade e por outros de 'pós-modernidade',

A separação entre tempo e espaço se tornou relativa, o dinheiro passou a ser considerado como uma relação de crédito, imperando-se, ainda, os denominados 'sistemas peritos', por meio dos quais as técnicas ou competência profissional organiza grande parte do ambiente material e social¹³⁰.

O contrato, assim, passou a ter novas técnicas de formação, quer seja em relação ao seu conteúdo, ou mesmo quanto à sua celebração, sem se olvidar da multiplicidade de vínculos substancialmente distintos da compreensão tradicional do contrato bilateral.

Esse contexto social impôs a necessidade de entendimento destes novos fenômenos que originaram uma conseqüente renovação da teoria contratual, não se mantendo inflexível o direito neste panorama, a fim de manter o equilíbrio e a paz social.

¹²⁹ GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da modernidade**. São Paulo: Unesp, 1991. p. 11.

¹³⁰ GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da modernidade**. São Paulo: Unesp, 1991. p. 36.

Fernando Noronha, considerando essas novas mudanças, aduz, nesse sentido, que “se considerarmos o sistema jurídico vigente na sociedade em que vivemos, tendo presente que o direito é subsistema do sistema societário global, não vemos como se possa conceber o contrato orientado por valores outros que não precisamente aqueles três que Stein e Shand consideram ‘os valores jurídicos fundamentais da civilização ocidental: a ordem, a justiça e a liberdade’”¹³¹.

Referidos valores, transpostos para a relação contratual, permitem que o contrato possa promover o ‘bem comum’, ‘o progresso econômico’ e o ‘bem-estar social’, razão pela qual “a liberdade, no Direito dos Contratos, constitui o núcleo essencial do *princípio da autonomia privada*. A justiça conforma o *princípio da justiça contratual*. A ordem, que no âmbito dos contratos seria melhor chamada de *segurança*, faz-se presente através do *princípio da boa-fé contratual*”¹³².

De fato, estes novos valores tiveram lugar em nosso ordenamento a partir do advento do Código de Defesa do Consumidor, no fim do século passado, os quais, não obstante fossem relativos a situações específicas de consumo, por conta da não atualização do direito civil, acabaram por se espriar para toda relação contratual, renovando o direito contratual brasileiro, principalmente em razão da rica interpretação e aplicação jurisprudencial.

Com a promulgação do Código Civil em 2002, restou, finalmente, confirmada a incorporação de diversos preceitos já anunciados no Código de Defesa do Consumidor, estabelecendo-se o que Cláudia Lima Marques denominou de ‘diálogo de fontes’, segundo a qual há entre as normas, cada qual em seu âmbito material de aplicação, uma colaboração e influência recíproca dos preceitos, em vista da disciplina, entre outros institutos, das relações contratuais civis e de consumo, a partir de uma lógica comum de proteção da confiança e dos interesses legítimos das partes na relação contratual.

Estabelece-se, assim, uma crise da teoria contratual clássica, ensejando o desenvolvimento de uma nova visão, com a reconstrução de conceitos, tais como a autonomia negocial, que por intermédio da interpretação, concretização e aplicação

¹³¹ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual)**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1994. p.100.

das cláusulas gerais sobre as relações contratuais, revela uma nova orientação capaz de abarcar situações antes inimagináveis.

E, de acordo com a visão panorâmica do direito de António Manuel Hespanha, na análise da função corretiva do Estado, conclui que “alguns juristas, os mais impressionados pelo monopólio que a lei vinha tendo na constituição do direito contemporâneo desde a Revolução Francesa, encaram de uma forma otimista esta perda do poder normativo exclusivo do Estado, assim como põem em destaque, o papel que advirá aos juristas na selecção, hierarquização e concretização do direito, na tal ordem jurídica constituída, não em pirâmide, mas em rede. De novo, como já tinha acontecido no período do direito comum, as normas voltariam a surgir, de baixo, da prática, da experiência. Cabendo aos juristas, como corpo longamente treinado numa técnica especializada - a sua característica actividade *prudencial*, *i.e.*, de aferição prático-concreta - a tarefa de medir a validade dessas normas - quanto à fonte e quanto à justeza intrínseca -, de ponderar a sua hierarquia face as normas estaduais (constitucionais ou legais), de as afinar em função dos casos concretos, já que o seu modo de positivação - sob a forma de princípios, não necessariamente escritos - exigiria um trabalho suplementar de apuramento e de interpretação”.¹³³

Diante das insuficiências estruturais do legalismo, surge a tendência em favor de um direito flexível, ou tal como prefere Gustavo Zagrebelsky, um direito 'mole' (*diritto mite*)¹³⁴, que, apesar de estar sujeito a riscos, na entrega da revelação do direito aos juristas, se mostra, ao menos, por ora, a forma mais ponderada de adaptação e conformação do direito à nova realidade social.

Assim, passa-se à análise de alguns aspectos dos mais preponderantes princípios que informam a relação contratual atual no ordenamento jurídico pátrio.

4.2 - O Princípio Da Autonomia Privada

Como já adiantado em linhas passadas, a liberdade jurídica é a conformação da liberdade natural de que dispõe o homem às regras do ordenamento.

¹³² NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual)**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1994. p. 102.

¹³³ HESPANHA, Antonio Manuel. **O caleidoscópio do direito. O direito e a justiça no dias e no mundo de hoje**. Coimbra: Edições Almedina, 2007. p. 364-365.

Esta liberdade jurídica privada, no entanto, não significa a autonomia privada, pelo que esta reflete apenas um aspecto daquela, consubstanciada na liberdade negocial, conforme distinção de Ana Prata. Assim, para a autora, a idéia de autonomia privada se relaciona ao poder do indivíduo de criar normas negociais.

Aduz a autora portuguesa a idéia de que o atual conceito de autonomia privada tem origem histórica atrelada aos institutos da propriedade e do contrato, como consequência da capacidade negocial uma vez que, na passagem do feudalismo para o capitalismo, a libertação dos vínculos à terra e aos senhores, atribuíram aos sujeitos a capacidade de negociar, sendo que o negócio exprimia o efeito jurídico da vontade livre, afirmação de liberdade da pessoa.

Desta forma, a autonomia privada ou liberdade negocial traduz-se no poder reconhecido pela ordem jurídica ao homem, previamente qualificado como sujeito de direito, de juridicizar a sua atividade, realizando livremente negócios jurídicos e determinando os respectivos efeitos¹³⁵.

Em síntese, para Ana Prata, a autonomia privada se caracteriza como a liberdade negocial da pessoa capaz, ou seja, no poder de estabelecer normas para seus negócios, tendo como limite externo o direito objetivo.

E, de acordo com Massimo Bianca, o reconhecimento da liberdade do sujeito de disposição de bens e de comprometer-se com relação ao outro segundo as suas escolhas, deve ser considerado um valor basilar do ordenamento, pois no campo das relações econômicas, este valor encontra reconhecimento no princípio da liberdade de iniciativa, da qual a autonomia privada é instrumento necessário¹³⁶.

¹³⁴ Apud HESPANHA, Antonio Manuel. **O caleidoscópio do direito. O direito e a justiça no dias e no mundo de hoje**. Coimbra: Edições Almedina, 2007. p. 365.

¹³⁵ PRATA, Ana. **A Tutela Constitucional da Autonomia Privada**. Coimbra: Livraria Almedina, 1982. p. 7-11.

¹³⁶ BIANCA, C. Massimo. **Diritto civile. Il contratto**. Seconda Edizione. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2000. . p. 31, tradução livre do seguinte texto: “*In reatà, il riconoscimento della libertà del soggetto di disporre dei propri beni e di impegnarsi verso gli altri secondo le sue scelte deve considerarsi – a prescindere da una specifica formula normativa – un valore basilare dell’ordinamento. Nel campo dei rapporti economici questo valore trova riconoscimento nel principio della libertà di iniziativa (41 Cost.), di cui l’autonomia privata è strumento necessario.*”

No mesmo sentido, após discorrer sobre autonomia privada e auto-vinculação no contrato, Karl Larenz a reconhece como um dos princípios capitais e fundamentais do direito privado¹³⁷.

Luigi Ferri, no entanto, concebe a autonomia privada como um poder normativo concedido ao indivíduo para a consecução de fins privados, no seu âmbito de validade e capacidade¹³⁸, ela faz parte da dinâmica do direito, ela cria novas normas e, portanto, é direito objetivo¹³⁹.

A seu turno, destaca Carlos Alberto Goulart Ferreira¹⁴⁰ que o Direito objetivo é a estrutura do Direito subjetivo, sendo que o direito subjetivo não é poder, mas que o direito objetivo o é e, por tal motivo, é que se diz que este último pertence à dinâmica do direito (poder para modificar) e o direito subjetivo à sua estática. Portanto, a autonomia privada encontra seu fundamento no direito objetivo e o direito subjetivo deve sempre ter esteio em um direito objetivo, ponderando que a autonomia privada não é um valor em si, mas só quando esteja ela correspondendo a um interesse protegido pela norma jurídica.

¹³⁷ LARENZ, Karl. **Derecho Civil, Parte General**. Madrid: EDERSA, 1978. p. 54-56: "*Entre las facultades del propietario fue ya mencionada la de desprenderse de su propiedad y transmitirla a otra persona. La misma facultad corresponde también a los titulares de otros derechos patrimoniales, siempre que éstos no sean excepcionalmente intransmisibles. La transmisión de la propiedad o de otro derecho patrimonial tiene lugar, en la mayoría de los casos, al objeto de obtener del destinatario, a cambio, otra cosa, otro derecho u otra prestación de servicios. Los participantes en tal acto de intercambio lo regulamentam específicamente mediante un contrato. ... En el intercambio de bienes y prestaciones de todo género, regulado mediante contratos, es decisivo que cada parte contratante haya asentido a la regulamentación por propia decisión y, por tanto, que sea la voluntad de ambos contratantes la base de dicha reglamentación. La posibilidad, ofrecida y asegurada a los particulares por el ordenamiento jurídico, de regular sus relaciones mutuas dentro de determinados limites por medio de negocios jurídicos, en especial mediante contratos, recibe la denominación de <<autonomía privada>>. El hombre que vive en frecuente comunicación con otros la necesita para poder decidir libremente en los asuntos que le afectan directamente, para poder configurarlos bajo propia responsabilidad. Pues solamente cuando es íta en condiciones par ello puede promocionarse y afirmarse como persona. La autonomía privada que corresponde a todo ciudadano mayor de edad es, por ello, uno de los principios capitales e fundamentales del Derecho privado. ... La validez jurídica de una regulamentación contractual tiene siempre, por tanto, un doble fundamento: el acto de voluntad conjunto de los contratantes, que crea la reglamentación y por el cual éstos se autovinculan, y el reconocimiento de dicho acto por el ordinamiento jurídico*".

¹³⁸ FERRI, Luigi. **La autonomía privada**. Madrid, tradução espanhola, Ed, Revista de Derecho Privado: 1969. p. 9/13.

¹³⁹ Nesse sentido, Antonino Cataudella, outro expoente autor italiano, assim se manifesta sobre a autonomia privada: "*A monte dei tanti negozi giuridici che vengono posti concretamente in essere é dato delineare una situazione di legittimazione dei privati all'attività negoziale, dipendente da una presa di posizione dell'ordinamento giuridico, che riconosce agli stessi il potere di disporre dei propri interessi e ricollega, nella maggior parte dei casi, effetti giuridici tendenzialmente corrispondenti a tali disposizioni. In questo senso si può configurare una sfera di autonomia lasciata ai privati (il termine non è ignoto al codice che intitola l'art. 1322 <<autonomia contrattuale>>).*" (CATAUDELLA, Antonino. **I contratti. Parte generale**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2000. p. 8).

¹⁴⁰ FERREIRA, Carlos Alberto Goulart. Equilíbrio contratual. In: LOTUFO, Renan (Org.). **Direito Civil Constitucional – Cadernos 1**. São Paulo: Ed. Max Limonad, 1999. passim.

De outra parte, para Perlingieri, a autonomia privada, também constitui um “poder reconhecido ou concedido pelo ordenamento estatal a um indivíduo ou a um grupo, de determinar vicissitudes jurídicas (...) como consequência de comportamentos livremente assumidos”¹⁴¹.

Emilio Betti, ao expor seu pensamento sobre o reconhecimento jurídico da autonomia privada, aduz que o direito subjetivo tem uma finalidade estática de conservação e de tutela de interesses privados como se encontram constituídos no ordenamento economico-social que tutela, ao passo que o negócio jurídico tem uma finalidade dinâmica de iniciativa e renovamento, possibilitando aos particulares se desdobrarem e moverem modificando a posição de tais interesses segundo as diretivas que os privados entenderem mais convenientes, sendo, no entanto, ambos (o direito subjetivo privado, quanto o negócio jurídico) orientados pelo princípio da liberdade e da consequente auto-responsabilidade privadas¹⁴².

No entanto, importante registrar que a autonomia privada, em verdade, como direito objetivo não se trata de um poder, visto que ‘poder’ só tem o ente legislador originário.

Assim, pode-se afirmar que a autonomia privada é uma fonte de norma específica, individual e concreta, na qual não temos a figura de poder, mas de algo menor que é a potestade¹⁴³, cuja origem ou fonte de validade reside nas normas legais, que devem ser obedecidas para o exercício de referido ‘poder’ individual.

A autonomia privada, portanto, se funcionaliza através do negócio jurídico, como meio que propicia a materialização da vontade com intuito de produzir efeitos

¹⁴¹ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. São Paulo: Renovar, 2002. p. 17.

¹⁴² BETTI, Emilio. **Teoria generale del negozio giuridico**. Collana: Università di Camerino. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002. p. 49: “Entrambi (diritto e negozio) stanno al servizio della libertà e dell’autonomia privata, ma con finalità essenzialmente diverse, giacchè ciascuno dei due rappresenta la soluzione giuridica di un problema pratico diverso, quantunque correlativo. Il diritto sogettivo ha una finalità statica, di conservazione e di tutela. Il negozio giuridico ha, invece, una finalità dinamica, d’iniziativa e di rinnovamento. Col diritto sogettivo l’ordine giuridico risolve il problema di proteggere gl’interesse privati così como li trova costituiti nell’ordinamento economico-sociale che tutela. Col il negozio giuridico esso risolve il problema didar modo alla iniziativa individuale di spiegarsi e di muoversi modificando la posizione di tali interessi secondo le direttive che i privati stessi giudichino più convenienti. Tanto il diritto sogettivo privato, quanto il negozio giuridico sono dominati dal principio della libertà e dalla conseguente autoresponsabilità privata (di ciò piu oltre)”.

¹⁴³ Emilio Betti também converge em reconhecer a autonomia privada como potestade, no seguinte sentido: “L’autonomia – quale attività, e postestà, di autoregolamento di propri interessi e rapporti, spiegata dallo stesso titolare di questi - ...”. (BETTI, Emilio. **Teoria generale del negozio giuridico**. Collana: Università di Camerino. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002. p. 49).

jurídicos, ou, como assevera Emilio Betti “La manifestazione precipua di codesta autonomia è il negozio giuridico. Il quale va, per l’appunto, concepito qual atto di autonomia privata, cui il diritto ricollega la nascita, la modificazione e l’estinzione di rapporti giuridici fra privato e privato”¹⁴⁴.

‘Princípio da autonomia privada’ é expressão, portanto, que tende a substituir aquela de ‘princípio da autonomia da vontade’, que caracteriza a concepção individualista e liberal que imperava ao tempo liberal, sendo seu corolário o princípio da liberdade contratual.

Nesse sentido, destaca Fernando Noronha, três subprincípios da autonomia privada, quais sejam, os relativos à liberdade contratual, ao consensualismo e o do efeito relativo dos contratos¹⁴⁵.

O princípio da liberdade contratual refere-se essencialmente à liberdade quanto à celebração ou não de negócios jurídicos e quanto à determinação do respectivo conteúdo. Difere-se da liberdade de contratar, na medida em que esta se relaciona à faculdade ou não de realizar determinado contrato, e a primeira à possibilidade de estabelecer o seu conteúdo, se justificando a distinção em razão de restar assentado que somente a liberdade de contratar teria sofrido restrições pela ordem vigente.

Com relação ao princípio do consensualismo, afirma Fernando Noronha que este está atrelado à liberdade quanto à forma que deve revestir o contrato, se caracterizando pelo acordo entre as partes para que estas fiquem vinculadas (*consensus obligat*), em contraposição ao formalismo oriundo do Direito Romano, que hoje somente se faz necessário em casos expressamente determinados em lei¹⁴⁶.

Mas, neste ponto, cabe uma ressalva de acordo com o que bem esclarece Fernando Noronha, pois atualmente se verifica um verdadeiro ‘renascimento’ do formalismo, sobretudo em razão da imposição do tráfico jurídico, por exigências

¹⁴⁴ BETTI, Emilio. **Teoria generale del negozio giuridico**. Collana: Università di Camerino. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002.p. 50.

¹⁴⁵ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual)**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1994. p. 116.

¹⁴⁶ NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual)**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1994. p. 117-118.

ligadas à segurança das transações e à padronização do contrato, fazendo com que o consensualismo deixe de ser regra, pois na prática este só se aparece em transações de menor importância econômica¹⁴⁷.

Por fim, no que tange ao (sub) princípio do efeito relativo do contrato, há que se destacar que a sua significação, de que a vinculação criada pelas partes somente as atinge e não a terceiros, tem seu âmbito de eficácia, atualmente, modificado, tendo em vista a concepção social do contrato. Neste sentido, o contrato poderá ser invocado em face de terceiros ou oposta por estes às próprias partes, razão pela qual, hoje, haveria dois efeitos: o relativo às partes e a oponibilidade a terceiros, privilegiando-se a função social do contrato.

Ainda, importante destacar que não se olvida a força obrigatória dos contratos, tal como existente na era liberal, consubstanciada na expressão *pacta sunt servanda*. Mas, ao lado desta, se mostra relevante, do ponto de vista social, a necessidade de assegurar a observância de certos compromissos, do que decorre a tutela da confiança e princípio da boa-fé que mais adiante serão abordados.

Não obstante o envolvimento da noção de autonomia privada a negócios eminentemente patrimoniais, cabe registrar o caráter extrapatrimonial da autonomia privada, também expressado por meio de negócios jurídicos. Os negócios jurídicos, como forma de manifestação da autonomia privada, podem ser patrimoniais (ou seja, suscetível de estimativa pecuniária) e extrapatrimoniais (insuscetíveis de avaliação pecuniária), abrangendo os direitos personalíssimos.

Neste sentido é a posição de Giovanni Ettore Nanni, para quem existe autonomia, também, no campo da personalidade, de modo que a “pessoa pode dar a destinação que lhe aprouver sobre o próprio corpo, órgãos e cadáver, em vida ou post-mortem, desde que obedecidas as disposições legais”¹⁴⁸.

Assim, retomando-se a idéia de irrestrita liberdade contratual, principalmente sob o aspecto dos desequilíbrios causados pelos anseios libertários da Revolução

¹⁴⁷ NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual)**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1994. p. 118-119.

¹⁴⁸ NANNI, Giovanni Ettore. A autonomia privada sobre o próprio corpo, o cadáver, os órgãos e tecidos diante da Lei Federal n. 9434/97 e da Constituição Federal. In: LOTUFO, Renan (Org.). **Direito civil constitucional – Cadernos 1**. São Paulo: Ed. Max Limonad, 1999. p. 264.

Francesa, pode-se afirmar que a ilimitada liberdade de contratar, considerando-se, ainda, a nova concepção existencialista do direito depois da Segunda Grande Guerra Mundial, deu lugar ao chamado “dirigismo contratual”, cujo objetivo principal é assegurar o tratamento isonômico entre as partes.

Frise-se que referida intervenção, na realidade, não enfraquece a autonomia privada, mas, ao contrário, a reforça, pois estabelece o equilíbrio para preservação dos interesses das partes, o que Pietro Perlingieri¹⁴⁹ destaca como igual dignidade social.

Assevera o autor, ainda, que o direito privado não deixou de regular as situações patrimoniais, bem como que o caráter patrimonial do Direito Civil também não foi reduzido¹⁵⁰, mas somente houve mudança no foco de valores, sendo que o grande valor a ser protegido passa a ser a existência, e mais do que isso, a existência digna do ser humano.

Ana Paula Barcellos¹⁵¹, em obra específica sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, destaca que a dignidade da pessoa humana deve ser o vetor interpretativo geral, pelo qual o intérprete deverá orientar-se em seu ofício. Assim, por mais vago que um princípio possa se apresentar a escolha interpretativa deve por ele se pautar.

Neste ponto, converge Flórez- Valdes¹⁵² para quem a pessoa, sua dignidade, e seus direitos são sempre considerados no texto constitucional como a razão de ser do Direito, como seu último fundamento. São idéias básicas e predeterminantes no ordenamento jurídico. São, também, fundamento da ordem política e da paz social. Neste ponto, o autor lembra que Karl Larenz, vê a “paz jurídica” um verdadeiro princípio geral do direito.

Assim, retomando-se a idéia de irrestrita liberdade contratual, que previa a igualdade meramente formal entre as partes para a celebração de negócios

¹⁴⁹ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. São Paulo: Renovar, 2002. passim.

¹⁵⁰ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. São Paulo: Renovar, 2002. p. 33-34.

¹⁵¹ BARCELLOS, Ana Paula. **Eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Renovar, 2002. passim.

¹⁵² FLÓREZ VALDÉS, Joaquín Arce. **Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional**. Madrid, Ed. Cuadernos Civitas, 1990. passim.

jurídicos, tal como apregoado pelos ditames da Revolução Francesa, foi ocasionada uma situação de total desequilíbrio, possibilitando-se, assim, a mudança da noção de igualdade, que passou a ser vista pelo aspecto substancial.

Neste sentido, exato o pensamento de Rui Barbosa para quem a verdadeira igualdade residia no tratamento desigual aos desiguais na exata proporção de suas desigualdades (Oração aos Moços).

Em sendo a autonomia um valor que existe somente quando corresponde a uma proteção da ordem jurídica, o que se chama atualmente de dirigismo contratual, que visa fortalecer a igualdade substancial entre as partes, há que se considerar o contrato, hoje, deve ser um meio em si mesmo para garantir a sua finalidade, mas deve ser um fator de ordem, e não de desordem, ou seja, o Estado interfere nas relações privadas apenas para garantir a ordem e não para limitar a autonomia privada.

Só poderá ser reconhecido como fonte do direito o negócio que é criado de conformidade com a Lei, pois caso contrário ele será inválido, considerando-se a validade como a pertinência formal de uma norma, se de acordo com uma norma superior que a autorize.

Assim, em sendo a autonomia privada poder normativo, pois fonte normativa é o negócio jurídico, a validade dessa fonte normativa é dada pelo direito objetivo, de acordo com a concepção de Luigi Ferri, conforme acima destacado, para quem todo o dever criado tem como correlato um direito ou uma faculdade. Diz o autor que a fonte normativa, ou seja, o negócio jurídico é fonte de direitos, deveres e faculdades.

O Código Civil Pátrio de 1916 é fruto das doutrinas individualista e voluntarista, consagradas pelo Código Napoleônico e incorporadas pelas codificações do séc. XIX.

No entanto, ante a reformulação dos valores, mister de igualdade, justiça e incursão do valor de dignidade da pessoa humana como molas mestras de todo o ordenamento jurídico, surge no pós guerra, uma nova ótica para o estudo do Direito Civil, ou seja, o Direito Civil passa a rogar por uma nova leitura fundada no texto

Maior, a qual se denomina de Direito Civil Constitucional, já abordada em tópico anterior.

Referida leitura do Direito Privado passa a ser essencial, vez que nos Códigos não estavam mais os reflexos dos axiomas maiores do ordenamento (que passou a pregar dignidade da pessoa humana e justiça substancial, dentre outros valores).

O Código Civil de 2002, seguindo a linha de princípios e fundamentos previstos na Constituição Federal de 1988, houve por instituir como principais diretrizes sociológicas a eticidade, a socialidade e a operabilidade.

Miguel Reale¹⁵³, em comentário a tais metas sociais previstas no código, observa que não era possível deixar de reconhecer a indeclinável participação dos valores éticos no ordenamento jurídico, sem abandono das conquistas das técnicas jurídicas. Daí a opção por normas genéricas ou cláusulas gerais.

Acentua, o objetivo do código de superar o caráter individualista da Lei vigente, com o predomínio do social pelo individual, consagrando-se a função social do contrato e a boa-fé objetiva.

Quanto à operabilidade, destaca que foram estabelecidas soluções normativas de modo a facilitar sua interpretação e aplicação pelo operador do direito.

Dentre outras inovações da Parte Geral, destaca-se a inserção dos direitos de personalidade, uma vez que a pessoa é o valor-fonte de todos os valores jurídicos; disciplina específica dos negócios jurídicos e previsão como fonte negocial, além de outras inovações na Parte Especial, tendo sempre como valor norteador o ser humano.

Hodiernamente, portanto, o ato de iniciativa privada deve estar intimamente relacionado a uma função que o ordenamento considere socialmente útil, para que seja merecedor da tutela estatal, o que por si só, já revela o conteúdo promocional do ato da parte para com as escolhas valorativas do sistema.

¹⁵³ REALE, Miguel. **Visão geral do Novo Código Civil**. Revista de Direito Privado nº 9. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 12-16.

Para finalizar, insta destacar que a crítica aos princípios da autonomia privada e da liberdade contratual é que permitiram uma melhor visualização dos princípios da boa-fé e da justiça contratual, os quais estavam submersos sob o manto do princípio da (irrestrita) autonomia da vontade.

4.3 - O Princípio Da Justiça Social Ou Equilíbrio Contratual

Como já ressaltado neste trabalho, a irrestrita liberdade de contratação, a par da impossibilidade do juízo interferir para alterar aquilo que as partes haviam deliberado, levaram à bancarrota o estado liberal, exigindo-se do Estado uma interferência dirigista para o fim de corrigir eventual desequilíbrio existente na relação decorrente da sujeição de uma parte mais frágil.

Nesta senda, considerando-se a previsão do art. 3º, I da Constituição Federal, que preve como objetivo fundamental o estabelecimento de relações justas e solidárias, não há como se negar a interrelação entre a boa-fé e a justiça contratual.

Teresa Negreiros, nesse sentido, manifesta o ressurgimento de uma noção de equilíbrio substancial, que estava obscurecida pelo dogma da autonomia da vontade, encontrando o princípio do equilíbrio econômico do contrato fundamento na Constituição Federal, artigo 3º, inciso III, significando, com apoio na doutrina de Antonio Junqueira de Azevedo, a vedação a que se desconsidere o sinalagma contratual em seu perfil funcional, na medida em que o contrato não deve servir de instrumento para que, sob a capa de um equilíbrio meramente formal, as prestações em favor de um contratante lhe acarretem um lucro exagerado em detrimento do outro contratante¹⁵⁴.

Realmente, a questão da justiça das prestações se revela tema tormentoso para o direito, principalmente se se considerar que o contrato é um instrumento de disponibilidade do presente em troca de um risco futuro, que se encontra fundado, não somente no dogma da autonomia da vontade, mas no direito objetivo, devendo estar de acordo, ainda, com os cânones constitucionais da utilidade social, da boa-fé, em atenção ao princípio da solidariedade, e da justiça contratual.

¹⁵⁴ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato – novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 155-156.

Para a autora supra citada, referido princípio teria inspiração na igualdade substancial, expressando a preocupação da teoria contratual contemporânea com o contratante vulnerável¹⁵⁵.

A idéia de liberalidade do contrato, em que as partes negociam ou não espontaneamente, corresponde à imagem do contrato transmitida pelo Código de Napoleão (ato subjetivo, interindividual, resultante de interesses antagônicos). De acordo com esta visão, típica do Estado Liberal, a liberdade dos contratantes mantém-se intocada até a fase de voluntária conclusão ou, em caso de execução, segue-se a mera realização das virtualidades do quanto acordado.

Essa a concepção tradicional legada e enraizada por parte das codificações orientadas nas codificações européias, tem, por sua vez, fundamento em dois princípios estruturais: o da liberdade contratual e da obrigatoriedade do cumprimento do contrato.

Como já abordado no presente trabalho, a liberdade contratual atualmente, é vista de maneira diversa da que o fora na era voluntarista, de forma que esta deve hoje respeitar as orientações constitucionais e o quanto previsto pelo direito objetivo, devendo haver uma preocupação com o equilíbrio em si das prestações e da distribuição dos riscos e encargos do contrato entre as partes, de forma a prestigiar a justiça da relação.

A justiça que aqui se delineia refere-se àquela denominada como o justo corretivo ou comutativo, que, como assentou John Rawls, não se atende a uma imposição de justiça, assentada em um necessário princípio de equidade, a limitação da própria liberdade em função de um empreendimento cooperativo em que não se distribuam e se cumpram, equilibradamente, as vantagens mútuas que levaram as partes a confiar uma na outra e, assim, a prometer reciprocamente¹⁵⁶.

Para Larenz¹⁵⁷, o princípio da justiça contratual se manifesta sob dois aspectos: pela equivalência objetiva entre prestação e contraprestação e pela equitativa distribuição dos ônus e riscos contratuais entre os contratantes.

¹⁵⁵ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato – novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 157.

¹⁵⁶ Apud GODOY, Cláudio Luiz Buerno de. **Função social do contrato**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 33.

¹⁵⁷ LARENZ, Karl. **Derecho civil, parte general**. Madrid: EDERSA, 1978. p. 62: "*La <<desproporción>> objetiva por sí sola, portanto, no causaría la nulidad del negocio. Antes bien, se dieron por conformes con el*

O primeiro aspecto, de equivalência objetiva entre prestação e contraprestação, refere-se, como bem acentua Fernando Noronha, à justiça substancial (equilíbrio entre direitos e obrigações) e não à justiça formal (igualdade no processo de formação), podendo a primeira ser encarada do ponto de vista subjetivo ou objetivo, cabendo ao direito, no entanto, a preocupação com relação à última, pois 'se a intervenção do ordenamento jurídico só se justifica tendo em vista o interesse geral, considerando as consequências econômicas e sociais produzidas pelo contrato, o equilíbrio entre benefícios e encargos (justiça substancial) que aqui interessa só pode ser o objetivo, nunca o subjetivo'¹⁵⁸.

A tarefa valorativa, contudo, não segue um critério definitivo para identificação do equilíbrio destes benefícios e encargos, diante da diversidade de fatores que poderão influir na valoração, de forma que deve-se procurar um valor que seja razoável e aproximado, como afirma Larenz¹⁵⁹.

Contudo, tal como asseverado por Fernando Noronha, mesmo que fosse possível estabelecer a adequada equivalência entre as prestações, "correr-se-ia o risco de suprimir a liberdade das partes e destruir a autonomia privada", afetando-se a segurança das transações decorrente da boa-fé, sendo necessário, a seu ver, estabelecer um ponto no qual a autonomia privada seja limitada, mas não descaracterizada pelos princípios da boa-fé e da justiça contratual, o que ocorre quando, "garantidas as condições para a realização da justiça formal, é de se presumir que o contrato seja justo, já que em geral são as partes que estão em melhores condições para avaliar se prestação e contraprestação se equilibram e se ônus e riscos se dividem de forma equitativa"¹⁶⁰.

Realmente, os ônus e os riscos devem estar equilibrados entre as partes, havendo no ordenamento preceitos que privilegiam referido princípio, tal como aqueles insertos nos artigos 234 e 494 do Código Civil.

principio de equivalencia subjetiva, conforme al cual sólo importa que cada parte contratante, basándose en su propia evaluación, considere la prestación de la otra como un equivalente suficiente de su propia prestación. Si se parte de este principio, el Derecho sólo há de encargarse de procurar que cada parte pueda formarse su criterio sin error ni coacción. Por lo demás, se confía en que cada cual defenderá por sí sus intereses de la mejor manera al concluir el contrato".

¹⁵⁸ NORONHA, Fernando. **O Direito dos contratos e seus princípios fundamentais (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual)**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1994. p. 221.

¹⁵⁹ LARENZ, Karl. **Derecho civil, parte general**. Madrid: EDERSA, 1978. p. 61-62.

Interessante notar a crítica feita por Leonardo Gomes de Aquino, com apoio em Humberto Theodoro Jr., no sentido de que a matriz voluntarista, exercida em razão e nos limites da função do contrato (art. 421 Código Civil), domina de tal forma o raciocínio e o discurso jurídico privatista moderno, que acabou por arrastar a ausência de reconhecimento de qualquer relevância à economia nas características funcionais dos contratos, quer seja em relação às figuras contratuais específicas ou mesmo no contrato decorrente da instituição nuclear da autonomia privada.

Para o autor, no que se refere ao risco do contrato "a lógica é sempre a de que cada contrato comporta, para quem o faz, riscos mais ou menos elevados. A lei tutela o contraente face aos riscos anormais, que nenhum cálculo racional econômico permitiria ponderar; mas deixa a seu cargo os riscos tipicamente ligados com a operação, que se inserem no andamento médio daquele dado mercado". E conclui, assentando, ser óbvio, então, que o nível de risco corresponde à álea normal do contrato não se pode identificar de modo geral e abstrato, para todo o tipo de relação contratual, mas varia em relação às particulares tipos de negócio, aos particulares mercados, às particulares conjunturas econômicas, cabendo ao juiz efetuar esta verificação e, portanto, avaliar se a onerosidade surgida posteriormente pode ser considerada excessiva¹⁶¹.

Nesse sentido, há que se distinguir os casos em que não há presunção da realização da justiça contratual, visto que ausentes as condições de justiça formal. Nestes, a situação resultante é qualificada como de desequilíbrio manifesto, podendo ocorrer devido a vício de consentimento ou de capacidade, bem como em razão de inicial e gritante desequilíbrio entre prestação e contraprestação, decorrente de aproveitamento de necessidade ou inexperiência da parte, o que se denomina lesão, ou, ainda, em caso de contratação para afastar perigo atual, denominado estado de perigo. Registre-se, por fim os casos de onerosidade excessiva, correção monetária e os contratos padronizados e de adesão, para os quais o ordenamento prevê mecanismos de correção específicos, que, contudo, não são objeto de análise no presente trabalho.

¹⁶⁰ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual)**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1994. p. 225-226.

¹⁶¹ AQUINO, Leonardo Gomes de. Contratar é, em si, uma relação de risco: uma visão dogmática da conexão entre o contrato e o risco. In: **Revista Direito Privado**. São Paulo: RT nº 28, out-dez 2006. p. 107. Nesse sentido, ver também ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 1988. p. 287.

Não se pode deixar de assentar, contudo, que o ressurgimento do instituto da lesão no ordenamento vigente (art. 157 Código Civil¹⁶²)¹⁶³, reafirmando a valorização do equilíbrio econômico, assim como do princípio em questão, sendo um dos pilares no qual se assenta uma nova releitura da teoria contratual.

Na esteira do que aduziram Leonardo Gomes de Aquino e Cláudio Luiz Bueno de Godoy, o risco contratual presente nos contratos comutativos é que se verifica a maior incidência do princípio da justiça contratual, não se olvidando, contudo, da possibilidade de incidência também nos contratos aleatórios, em menor intensidade, tendo em vista a possibilidade de ocorrer um fator fora do risco presumido pelas partes, o que reclama, igualmente, a atuação da intervenção corretiva, fundada na justiça contratual¹⁶⁴.

De fato, considerando os interesses e riscos que envolvem a relação contratual, é concedido às partes uma ampla liberdade de regulação de seus interesses levando em consideração os interesses da outra parte, e, tal como afirma Larenz "La autonomía privada y la justicia contractual compensatoria deberían por ello considerarse, no como principios contrapuestos, sino mutuamente complementarios. La normativa contractual del Código civil no puede ser comprendida solamente a partir del principio de autonomía privada - si quiera éste

¹⁶² Código Civil, Seção V - Da Lesão - Art. 157: 'Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta. § 1º Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico. § 2º Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito'.

¹⁶³ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato – novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 188: A autora, com maestria, faz uma interessante abordagem histórica sobre o instituto, confira-se: "... *pode-se afirmar que, embora a lesão esteja ausente do Código Civil de 1916, a idéia de equilíbrio econômico desde há muito não constitui um corpo estranho ao sistema contratual. Na década de 30, como acima referido, a repressão à usura fez ressurgir o ideal de equilíbrio contratual, que havia sido posto de parte pelo Código Civil em vista da forte influência do voluntarismo e da crença de que o equilíbrio contratual decorreria inexoravelmente da livre manifestação da vontade dos contratantes. Mais tarde, em 1951, a Lei nº 1.521 tornar-se-ia conhecida por consagrar o princípio, incriminando a sua violação e, ao mesmo tempo, estabelecendo consequências de ordem civil, em dispositivos já acima transcritos e comentados. Recentemente, o CDC veio a consagrar de forma expressa o princípio do equilíbrio entre as prestações contratuais. Seguiu-se-lhe a Medida Provisória nº 2.172-32, que vem sendo sucessivamente reeditada há mais de dois anos e meio. E, por fim, o novo Código Civil, que define a lesão como um defeito do negócio jurídico, autorizando a parte prejudicada a requerer a anulação do negócio, salvo o caso de lhe ser oferecido suplemento suficiente, ou se a parte prejudicada se resignar com a redução do proveito a que faria jus de acordo com os termos originalmente pactuados (art. 157)*".

¹⁶⁴ Nesse sentido, ver AQUINO, Leonardo Gomes de. Contratar é, em si, uma relação de risco: uma visão dogmática da conexão entre o contrato e o risco. In: **Revista Direito Privado**. São Paulo: RT nº 28, out-dez 2006. p. 95/97; GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Função Social Do Contrato**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 39; e AGUIAR JR., Ruy Rosado. **Extinção Dos Contratos Por Incumprimento Do Devedor**. 2ª ed. Rio de Janeiro: AIDE, 2003. p. 157.

ocupe um lugar central - ni a partir del principio de fe o del principio de justiça contractual compensatoria exclusivamente, sino sólo mediante la armonización de estos principios" ¹⁶⁵.

Frise-se que para Teresa Negreiros, o princípio do equilíbrio econômico incide sobre o programa contratual, servindo de parâmetro para a avaliação do seu conteúdo e resultado, mediante a comparação das vantagens e encargos atribuídos a cada um dos contratantes, tornando-se a justiça contratual, de acordo com este princípio, um dado relativo ao conteúdo e aos efeitos do contrato, que devem resguardar um patamar mínimo de equilíbrio entre as posições econômicas de ambos os contratantes ¹⁶⁶.

Portanto, a justiça contratual atua como mecanismo legal de modo a intervir na relação contratual para o fim de equilibrar os interesses das partes, evitando-se desigualdades econômicas, de forma a privilegiar a igualdade substancial.

De tal forma, mostra-se coerente a afirmação de Teresa Negreiros ¹⁶⁷, no sentido de que a ênfase no tratamento paritário, em substituição à ênfase na liberdade, não deixa de representar uma escolha valorativa, pois “no domínio das relações contratuais, a concepção de justiça, outrora formulada em termos de autonomia e liberdade, altera-se profundamente à luz do princípio do equilíbrio econômico”. Em lugar da liberdade, ressalta o valor social da paridade e do equilíbrio, que, “aproxima a justiça contratual de uma certa tradição filosófica que considera a regra da justiça um regra de distribuição paritária, proporcional e, nesta medida, uma regra, em todos os seus sentidos e projeções, social”.

4.4 - O Princípio Da Boa-Fé Objetiva

O princípio geral da boa-fé objetiva ¹⁶⁸, hoje previsto como cláusula geral no artigo 422 do Código Civil, promulgado em 2002, tem fundamento constitucional na

¹⁶⁵ LARENZ, Karl. **Derecho Civil, Parte General**. Madrid: EDERSA, 1978. p. 64.

¹⁶⁶ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato – Novos Paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 157.

¹⁶⁷ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato – Novos Paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 166.

¹⁶⁸ Após discorrer sobre a ambígua utilização por vários doutrinadores no que se refere à boa-fé, ora como princípio, ora como cláusula geral, Renan Lotufo finaliza, com a proposta que parecer ser a mais acertada, enfatizando que “*Adotamos, pois, a posição dos doutrinadores que vêem a boa-fé como um princípio basilar da*

cláusula maior de tutela da dignidade da pessoa humana, assim como no princípio da solidariedade, chancelando a alteração de mudança de foco do ser humano isolado e independente para um ser social, integrante da comunidade e que, portanto, deve manter relações sociais de cooperação e solidariedade, a fim de conservar a sua própria subsistência.

Para alguns autores, referido princípio teria tamanha amplitude que abarcaria, inclusive, os princípios do equilíbrio das relações e da função social¹⁶⁹.

Não se trata, na verdade, de inovação trazida pelo Código Civil de 2002. Difundido a partir da vigência do Código Alemão, em 1900, que previa no § 242 que “o devedor está obrigado a executar a prestação como exige a boa-fé (*Treu and Glauben*), com relação aos usos do tráfico (*die Verkehrsitte*)”, o sucesso do princípio da boa-fé, como regra de conduta, é nítido sobretudo na Alemanha nos anos que se seguiram à Primeira Guerra Mundial (década de 1930), em razão, do que Fernando Noronha atribui à utilização moderna do Pandectas (nome grego da compilação justinianéia que conhecemos como Digesto), com o desenvolvimento do direito à base de princípios¹⁷⁰, com bem como à ausência de jurisprudências consolidadas, dada a novidade do BGB^{171 172}.

vida negocial, com o que não há dúvida que o princípio da boa-fé não é exclusivo do campo do Direito Civil, mas um paradigma de toda e qualquer relação humana” (LOTUFO, Renan. **Código Civil Comentado**. V. I, São Paulo, Saraiva, 2003. p. 314).

¹⁶⁹ Nesse sentido MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social entre cosmos e taxis: a boa-fé nas relações de consumo, p. 611-661. Ao comentar o cânone da boa-fé previsto no CDC, aduz que: “... Foi mesmo além, pois, ao conjugar a conduta segundo a boa-fé com o equilíbrio das posições do pólo fornecedor e do pólo consumidor, agregou-lhe ainda a função corretora do desequilíbrio contratual”. (In: MARTINS-COSTA, Judith. (org.). **A Reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 640).

¹⁷⁰ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 350. Sobre a influência do direito romano na Alemanha: “*Já no século XVII, mas sobretudo no século XVIII, a Alemanha era o principal centro de estudo do direito romano. Este é aí, mais do que em qualquer outro lado, o direito supletivo das leis e costumes territoriais (cf. a seguir); é ensinado com vista a ser aplicado pelos tribunais; o mos italicus bartolista é substituído pelo usus modernus, o uso moderno das Pandectas, com vista à sua aplicação prática. Sob a influência de Doneau (Donellus), o método é sobretudo dogmático. O direito alemão continuou, aliás, dominado pelo direito romano até o fim do século XIX; foi somente em 1900 que, pela entrada em vigor do Código Civil Alemão, o direito romano deixou de ser o direito supletivo na maior parte da Alemanha. Daí, o estudo do direito romano ter encontrado F. K. Von Savigny (1779-1861) que pôs ênfase, com todos os da Escola Histórica (Historische Schule), sobre a formação histórica do direito, por oposição aos defensores da Escola do Direito Natural (infra) e aos defensores do Código Civil francês. Daí resultou o desenvolvimento de uma dogmática de direito privado (Privatrechtsdogmatik) baseada no positivismo científico e na ciência das Pandectas (Pandektenwissenschaft). Desde o fim do século XVIII, o interesse pelo estudo e ensino do direito romano diminuiu na maior parte das universidades – excepto na Alemanha – em benefício do ensino dos diversos ramos do direito nacional”*. Antonio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro aduz, ainda, que: “*Depois do Digesto, em 529, o acontecimento jurídico mais marcante foi o aparecimento do Código Napoleão, em 1804. A referência a ambas essas datas tem um sentido formal: o Digesto é a cristalização, em certos moldes, do Direito Romano; o Código Napoleão é o formar, também em parâmetros determinados, do*

Em nosso meio, não obstante tenha sido positivado somente com a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, em 1990 – art. 51, IV -, e, em que pese o Código Civil de 1916 não ter consagrado preceitos gerais, tal como o princípio da boa-fé, entendido como o dever de agir de acordo com determinados padrões de conduta, isto não quer significar que referido princípio não tivesse relevo jurídico.

Isto porque a doutrina já o vinha reconhecendo no que se refere ao âmbito de incidência dos contratos, demonstrando a jurisprudência, contudo, pequeno desenvolvimento sobre o mesmo, talvez em razão da influência de Pontes de Miranda que ‘aqui não mostrou aquele brilho e clarividência que é seu apanágio’, na forma da observação de Fernando Noronha¹⁷³.

Não obstante a consagração, pelo Código de Defesa do Consumidor, do princípio da boa-fé tenha manifestado a tendência de reforma do Código Civil, restou este previsto no diploma legal de 2002, nos artigos 113, definido aí como critério de interpretação da declaração de vontade; 187, como critério de valoração da abusividade no exercício de direitos subjetivos, e; 422, como regra de conduta imposta aos contratantes, sendo esta última previsão que interessa mais de perto ao presente trabalho.

Representa, na verdade, valor da ética, promovendo-a, sob diversas formas e em todos os momentos da relação contratual, sendo fonte de deveres e limitação dos direitos e exercendo, ainda, uma tríplice função (interpretativa, supletiva e corretiva), as quais serão adiante melhor abordadas¹⁷⁴.

Drireito europeu anterior” (CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 226).

¹⁷¹ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual)**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1994. p. 128.

¹⁷² MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 110-133. A tríplice raiz da boa-fé é dissecada pela autora, que bem demonstra as funções e conotações atribuídas ao instituto pelo direito romano, canônico e germânico. Com relação ao direito romano, ressalta que a idéia de *fides* (confiança) se fez presente quanto às relações de clientela (existência de deveres de lealdade e obediência por parte do *cliens* em troca da proteção que lhe dava o cidadão), bem como nas relações obrigacionais e de direitos reais, variando o seu significado conforme as influências filosóficas recebidas pelos juristas romanos e consoante o campo do direito onde instalada.

¹⁷³ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual)**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1994. p. 131.

¹⁷⁴ Importante as considerações de Larenz sobre a tutela do princípio da boa-fé pelo ordenamento jurídico: *“El personalismo ético, que parte de la base de la capacidad del nombre para la autodecisión y la responsabilidad por sí mismo y que eleva el respeto a la dignidad personal de cada ser humano a la categoría de imperativo moral supremo, no sería, con todo, suficiente para fundamentar un orden jurídico, y ni siquiera un orden*

Interessante notar, com apoio na doutrina de Teresa Negreiros, que a mudança de mentalidade, referida por Antonio Junqueira de Azevedo, ou mudança de paradigma a que se refere Cláudia Lima Marques, com relação à incidência do princípio da boa-fé, surgiu a partir da edição do Código de Defesa do Consumidor, pois inserida na moldura civil-constitucional a Política Nacional de Relações de Consumo (art. 4º, III) que tem como um de seus nortes o princípio da boa-fé¹⁷⁵, o que justifica a aplicação do princípio além do campo das relações de consumo.

A ampla exploração hermenêutica, assim, propiciada pela ligação estabelecida entre a proteção do consumidor e os valores constitucionais, teria um longo caminho a percorrer diante do enraizamento da tutela patrimonial do indivíduo permeada na doutrina civilística, para a aplicação além do campo de consumo, relacionando as relações negociais com as normas constitucionais.

A polissemia do termo boa-fé, contudo, suscita dúvidas, já que o nosso sistema não faz distinção terminológica como no Código Civil Alemão¹⁷⁶, mas, a explicitação das duas grande vertentes – boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva tem grande utilidade, para melhor esclarecer as inovações que o princípio trouxe para o direito contratual contemporâneo.

A boa-fé subjetiva difere-se da boa-fé objetiva. A primeira, que encontra a contraposição na má-fé, significa o estado de consciência de determinada pessoa

*jurídico-privado, si no interviniera también un elemento ético-social. Este elemento es, en el Código civil, el principio de buena fe. Se basa en la consideración de que una convivencia pacífica y próspera de personas em una comunidad aún tan falta de cohesión no es posible sin que la confianza dispensada, al menos em general, no sea defraudada sino confirmada, y que, por ello la buena fe permanezca como posible em cuanto fundamento de las relaciones humanas. Una sociedad em la que cada uno desconfiara del outro se asemejaría a un estado de guerra latente entre todos, y em lugar de la paz dominaría la discordia. Allí donde se há perdido la confianza, la comunicación humana está perturbada em lo más profundo". (LARENZ, Karl. **Derecho civil, parte general**. Madrid: EDERSA, 1978. P. 58-59)*

¹⁷⁵ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato – novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 127-128.

¹⁷⁶ NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual)**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1994. p. 132. Em nota de rodapé o autor faz a distinção entre as expressões alemãs sobre boa-fé subjetiva e objetiva nos seguintes termos: “*Na língua alemã, a distinção entre as duas boas-fés fica mais evidente, porque lá elas são designadas por expressões diferentes: uma é a guter Glaube, ou guter Glauben (boa-crença), enquanto a outra é referida por Treu und Glauben (lealdade e crença). Aliás, se a denominação diferente facilita, na língua alemã, a distinção entre ambas as boas-fés, por outro lado também dificulta a aproximação entre elas, que, contudo, é necessária, pois que, como veremos, elas têm um substrato comum – que é a tutela da confiança.*”. Mais adiante, refere, ainda, a distinção feita por Alípio da Siveira: “*A boa-fé-crença é aquela que se baseia no erro ou ignorância da verdadeira situação jurídica. É a Gutten Glauben dos alemães. ... A boa-fé lealdade é ... a honestidade e a sinceridade que devem existir no comércio jurídico. É a Treu und Glauben dos tedescos.*” (NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual)**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1994. p. 137, nota 21).

por ocasião de um dado comportamento e, para sua caracterização, necessária é a análise das intenções da pessoa cujo comportamento pretenda-se qualificar. O Código Civil, no artigo 1021, a previu no que refere à situação possessória.

Fernando Noronha, destaca, ainda, a boa-fé subjetiva como boa-fé crença (de não lesar), com apoio na monografia de Otávio Guimarães, sendo esta um estado de ignorância sobre as características da situação jurídica que se apresenta, suscetíveis de conduzir à lesão de direito de outrem. Ou seja, a pessoa acredita ser titular de um direito que não tem, porque só existe na *aparência*, o que gera um estado de *confiança* subjetiva, relativa à estabilidade da situação, que permite ao titular alimentar expectativas, que crê sejam legítimas¹⁷⁷.

A nota distintiva entre a boa-fé subjetiva e a má-fé, reside no fato de que a ignorância seja desculpável, não se aceitando as hipótese de dolo e culpa grosseira. No entanto, dependendo dos interesses e valores envolvidos, poderá haver certa confusão na verificação de qual espécie de boa-fé estar-se-ia incidindo no caso, para o que Fernando Noronha aponta como idéia fundamental a existência de ato de autonomia privada, para o qual aponta a boa-fé como concepção ética, com necessidade de se tutelar a confiança no fluxo dos negócios¹⁷⁸.

Nesse sentido, caracteriza-se a boa-fé objetiva, não pelo estado psicológico experimentado pelo contratante, mas, senão, num dever de conduta contratual ativo, de recíproca cooperação, com consideração dos interesses do outro, em vista de se alcançar o efeito prático que justifica a existência jurídica do contrato celebrado¹⁷⁹.

Referido dever de agir há de se coadunar com determinados padrões, socialmente recomendados, de correção, lisura, honestidade, para não frustrar a confiança legítima da outra parte, não havendo de se falar, na concepção objetiva, de má-fé, mas simplesmente de ausência desta.

Diferença crucial, portanto, entre a boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva é que a situação de confiança gerada em razão da primeira diz respeito à titularidade de

¹⁷⁷ NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual)**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1994. p. 132.

¹⁷⁸ NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual)**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1994. p. 135.

¹⁷⁹ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato – Novos Paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 123.

um direito, enquanto que na segunda, representa a expectativa de que a parte com quem se contratou agirá com correção e lealdade, dando cabal adimplemento ao negócio jurídico.

A finalidade precípua do princípio da boa-fé objetiva, tal como destacado por Fernando Noronha, é a de tutela das legítimas expectativas da contraparte, para garantia da estabilidade e segurança das transações¹⁸⁰.

A atuação em desconformidade com os padrões de conduta exigíveis, mesmo em casos que ausência de má-fé ou culpa, não significa dizer que a conduta será ilícita (o que também poderá ocorrer), de forma que será referida atuação faltosa geradora de responsabilidade (sem culpa ou responsabilidade objetiva), em razão de sua antijuridicidade.

Nesse sentido, relevantes são as considerações de Karl Larenz que, ao definir a pessoa como sujeito de direitos, sendo a capacidade jurídica a qualidade essencial da pessoa (física ou jurídica), ou seja, capacidade de ser sujeito de direitos, destaca a preocupação do ordenamento de que as condutas devem ser conforme as suas prescrições: "la persona tiene <<derechos>> siempre y solamente en relación com otras personas que son mantenidas por el ordinamiento jurídico en el reconocimiento de esos derechos, o <<vinculadas>> a éste y a una conducta con ello conforme. Quién no se comporta según ello, quién, por tanto, retiene, sustrae o daña respecto a outro lo que a éste corresponde por derecho, <<viola>> - en el lenguaje de los juristas - el derecho del outro, obra antijuridicamente. ... La totalidad de lo que corresponde a una persona por derecho en un determinado momento, el conjunto de todos sus derechos o bienes jurídicamente protegidos, se puede denominar su <<esfera jurídica>>"¹⁸¹.

De toda sorte, o fato, ainda, da pessoa estar agindo de boa-fé (aqui considerado o aspecto psicológico e, portanto, na qualificação subjetiva), não guarda relação com o fato desta estar adotando os padrões de conduta exigíveis, e estar, portanto, afrontando o dever objetivo de agir de boa-fé, surgindo, daí, a obrigação de

¹⁸⁰ NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual)**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1994, p. 136.

¹⁸¹ LARENZ, Karl. **Derecho Civil, Parte General**. Madrid: EDERSA, 1978. p. 46-47.

indenizar, que será graduada de acordo com o maior ou menor desvio do padrão de conduta¹⁸².

A incidência do princípio da boa-fé objetiva se faz presente em todos os tipos de negócios jurídicos, tendo, no entanto, principal aplicação na relação contratual, com atuação no âmbito do direito das obrigações – entendida a obrigação como uma relação jurídica complexa e dinâmica, vista sob o ângulo da totalidade, num verdadeiro sistema de processos, com a vinculação das partes aos deveres principais e aos instrumentais, que permite visualizar o vínculo como uma ordem de cooperação, “adequada àqueles sistemas nos quais o nexó finalístico tem posição relevante”¹⁸³.

Referido princípio, traduz-se, sinteticamente, no dever de não ser defraudada a confiança da contraparte, de forma a assegurar a tutela da ordem, ou segurança das relações, com a tutela das expectativas legítimas das partes quer seja durante a fase de negociação preliminar, ou mesmo na fase de conclusão, auxiliando a interpretação e execução deste, permanecendo, ainda, após a execução ou mesmo justificando a extinção da obrigação com a resolução do contrato, privilegiando-se o princípio constitucional da solidariedade¹⁸⁴.

Em razão da aplicação do princípio nas diversas fases da relação, surgem finalidades diferentes no âmbito de sua incidência, denominadas também de

¹⁸² Faz-se novamente necessária a transcrição do mestre Larenz, quanto à explicação sobre a pessoa como destinatária de deveres jurídicos, o que difere da questão moral: *"también el término <<deber>> há de entenderse, en primer lugar, en el sentido que le corresponde en el personalismo ético de Kant. Designa aquí dicho término una exigencia interior que el hombre experimenta en su conciencia moral. Mientras la ética de Kant, ciertamente, reconoce una acción como moralmente buena solamente cuando el deber se cumple por convicciones morales, por causa del mismo deber, al ordenamiento jurídico le interesa generalmente sólo el comportamiento conforme al deber, siéndole indiferente los motivos. Por ello, no causa perjuicio alguno al carácter del deber jurídico como <<deber>> el que su incumplimiento está conectado con una sanción, con la amenaza de cualquier daño, como es la pérdida de un derecho, el deber de reparación de daños o, en casos extremos, una sanción penal. ... también cuenta el ordenamiento jurídico necesariamente con que los deberes jurídicos en su mayor parte son cumplidos en la vida cotidiana debido a las convicciones jurídicas de los ciudadanos, y no sólo por temor a los perjuicios. ... La obligatoriedad de un deber jurídico, en verdad, no depende del asentimiento interior del obligado, sino que se funda en la exigencia objetiva de validez del ordenamiento jurídico"*. (LARENZ, Karl. **Derecho Civil, Parte General**. Madrid: EDERSA, 1978. p. 48/49).

¹⁸³ Ver, nesse sentido, COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. **A obrigação como processo**. São Paulo: José Bushatsky, 1976. p. 5-11 e 71-74.

¹⁸⁴ Ver a lição de Denis Mazeud, sobre a boa-fé contratual, transcrita por GODOY, Cláudio Luiz Buerno de. **Função Social Do Contrato**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 75, na qual refere que o contrato é visto em uma nova era, moralmente diferenciada, em que por imperativo da boa-fé o contrato deva ser sociável (transparente, decente e coerente) e solidário (deveres de assistência, ingerência na esfera alheia, lealdade).

especializações funcionais do princípio da boa-fé¹⁸⁵, as quais, adverte-se, nem sempre se mostram nítidas no caso concreto, havendo a complementação das mesmas, por vezes, razão pela qual se mostra imprescindível ao operador do direito, o estabelecimento dos conceitos, sem que, contudo, haja detrimento do conteúdo em relação às formas.

De fato, as três finalidades e respectivos comandos, restaram explicitados no Código Civil promulgado em 2002, pois, o art. 113 dispõe que os negócios jurídicos devem ser interpretados de acordo com a boa-fé; o art. 422, estabelece que as partes devem guardar, tanto nas negociações preliminares, assim como durante a execução, os princípios da boa-fé; prevendo o art. 187, ainda, que comete ato ilícito que, ao exercer o seu direito, excede manifestamente os limites impostos pela boa-fé, evidenciando-se, portanto, as funções interpretativa, supletiva e corretiva, respectivamente.

Com relação à função interpretativa ou hermenêutica, aduz Teresa Negreiros que referida função pode sugerir entendimento equivocado, limitando a atuação do princípio da boa-fé objetiva aos casos de lacuna no contrato ou ambiguidade e obscuridade de cláusula contratual, o que não ocorre, todavia, pois o artigo 422 do Código Civil deve ser interpretado em conjunto com o disposto no art. 187 do mesmo diploma.

A seu turno, assevera Judith Martins-Costa que ‘os passos essenciais à realização desta técnica hermenêutica se iniciam com a constatação de que, na interpretação das normas contratuais, deve cuidar o juiz de considerá-las como um *conjunto significativo*, partindo, para tal escopo, do complexo contratual concretamente presente – complexo de direitos e deveres instrumentalmente postos para a consecução de certa finalidade e da função social que lhes é cometida’¹⁸⁶.

Nesse sentido, o Código Civil, art. 113, ao dispor que ‘os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos e costumes do lugar de sua celebração’, privilegiou a interpretação de acordo com a preservação da confiança, a justa expectativa dos contratantes, devendo as cláusulas serem interpretadas no

¹⁸⁵ Nesse sentido, NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato – Novos Paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 133 ss.

¹⁸⁶ MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé No Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 430.

seu sentido objetivo e aparente, preferindo o significado que a boa-fé (objetiva) aponte como o mais razoável, seguindo os desdobramentos já contidos no Código Comercial¹⁸⁷.

Atua o princípio da boa-fé, assim, com intuito de dar ao contrato o significado que o credor e o devedor lhe atribuiriam se procedessem com lisura, de acordo com a boa-fé objetiva.

São meios auxiliares da interpretação o caráter habitual das relações mantidas entre as partes, manifestações anteriores do declarante e do destinatário, que reconhecidamente se ligam à declaração, tais como uma expressão típica do declarante, conhecida pelo destinatário, bem como o lugar, o tempo e as circunstâncias inerentes¹⁸⁸.

Em caso de cláusulas ambíguas, orienta o princípio para a preferência ao significado mais razoável, devendo ser observado o princípio da conservação do contrato e, ainda, de interpretação mais favorável à parte que assume obrigações e menos favorável à parte que a redigiu.

Verifica-se, assim, que a interpretação do contrato, na linha seguida pelo Código Civil, segue a regra objetiva, e, como destaca M. Bianca, com relação à legislação italiana que também prevê que o contrato deve ser interpretado de acordo com a boa-fé (art. 1366), “in questa incertezza di opinioni occorre muovere da un dato generalmente riconosciuto, e cioè che qui si tratta della buona fede in senso obiettivo o correttezza, ossia della buona fede quale regola di concotta ... La buona fede non ha un contenuto prestabilito (...) ma è un principio di solidarietà contrattuale che si specifica in due fondamentali aspetti, quello della salvaguardia (attivarsi per salvaguardare l'utilità dell'altra parte nei limiti di un apprezzabile sacrificio) e della lealtà”¹⁸⁹.

¹⁸⁷ NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual)**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1994. p. 152. Ver, nesse sentido, em comentário ao art. 113 do Código Civil, LOTUFO, Renan. **Código Civil Comentado**. V.I, São Paulo, Saraiva, 2003. p. 312/316.

¹⁸⁸ LOTUFO, Renan. **Código Civil Comentado**. V.I, São Paulo, Saraiva, 2003. p. 316. Ver, ainda, LUDWIG, Marcos de Campos. **Usos E Costumes No Processo Obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 133-147, sobre a importância do art. 113 do Código Civil, por meio da qual o legislador ergueu ‘à altura de princípio geral do direito privado uma norma que descende dos primórdios o Direito Comercial Brasileiro’.

¹⁸⁹ BIANCA, C. Massimo. *Diritto Civile. Il Contratto*. Seconda Edizione. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2000. p. 423.

Privilegia-se, no método hermenêutico fundado na boa-fé, a análise da conduta das partes de acordo com o cânone de lealdade, de acordo com determinado comportamento padrão, a fim de não frustrar a confiança da outra, o que tem por escopo final a atenção ao princípio da solidariedade.

A função supletiva ou de integração, explicitará deveres instrumentais, sendo fonte autônoma de direitos e obrigações¹⁹⁰.

De acordo com o trabalho desenvolvido por Clóvis do Couto e Silva, anos antes da entrada em vigor do Novo Código Civil, desenvolveu-se a idéia, de origem germânica¹⁹¹, da obrigação como processo, vista esta em de um modo globalizante, com a pluralidade de direitos, obrigações e outros vínculos jurídicos que nela se interligam, o que denominou de relação obrigacional complexa.

Nesta perspectiva, não mais se considera a observância apenas do dever de realizar a prestação estipulada no contrato ou no negócio jurídico unilateral, eventualmente acrescido de outros deveres previstos pelas partes e ainda dos estabelecidos nas leis, supletivas ou imperativas, mas impõe-se o dever de observar também de outros deveres decorrentes da concepção sistêmica da obrigação.

Isto porque, certa e determinada relação obrigacional na vida real, na verdade, não é simples relação linear de exigência de prestação, mas um sistema constituído de um conjunto de comportamentos inter-relacionados, satisfazendo quase sempre necessidades de natureza econômica, valorados pelo direito e sofrendo a influência de fatores do meio social e econômico em que se desenvolvem¹⁹².

Desta forma, não obstante a doutrina já reconhecesse a existência dos chamados deveres acessórios, também denominados de laterais ou instrumentais, como prefere Judith Martins-Costa¹⁹³, restaram os mesmos acolhidos pelo Código

¹⁹⁰ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato – novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 151.

¹⁹¹ Ver, nesse sentido, COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. **A obrigação como processo**. São Paulo: Jose Bushatsky, 1976. p. 111-121 e CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 586-594.

¹⁹² NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual)**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1994. p. 159-160.

¹⁹³ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.438.

Civil editado em 2002, no artigo 422, na medida em que dele se extrai a noção de boa-fé objetiva.

Deflui desta noção, a necessidade de agir de acordo com a boa-fé, surgindo daí deveres de conduta, que não se confundem com os deveres de prestação, os quais, Fernando Noronha, com apoio na doutrina de Antunes Varela, classifica de deveres principais ou típicos (primários) , ou seja, aqueles relativos à obrigação principal, e os secundários, consistentes em preparar o cumprimento ou assegurar a execução da obrigação. E, referidos deveres de conduta ou deveres laterais, não interessando diretamente à prestação principal são, todavia, essenciais ao correto processamento da relação obrigacional em que a obrigação se integra¹⁹⁴.

Dentre a gama de deveres laterais ressaltados pela doutrina, destacam-se os deveres acessórios de conduta de proteção, esclarecimento e lealdade, os quais abarcam os de informação, sigilo, colaboração e cuidado, os quais se fazem presentes desde a fase que antecede a conclusão do contrato, perdurando até para depois de cumprido, redundando no que Antonio Manuel R. Menezes Cordeiro denomina de *culpa post factum finitum*¹⁹⁵ ou responsabilidade pós contratual, de pós-eficácia.

Com relação ao deveres anexos, importante anotar que, embora o artigo não mencione explicitamente, certo é que a boa-fé objetiva impõe referidos deveres desde a fase que antecede a obrigação, remanescendo após o seu cumprimento, revelando o que Clóvis do Couto e Silva chamou de verdadeiro processo, não mais se limitando à verificação da prestação principal.

Nesse ponto, interessante destacar a interessante divergência doutrinária em relação ao art. 422 do Código Civil, uma vez que, enquanto Ruy Rosado tece elogios à inovação¹⁹⁶, Antonio Junqueira de Azevedo a critica¹⁹⁷, apontando o que denomina de insuficiências e deficiências do tratamento dado à boa-fé objetiva nos contratos.

¹⁹⁴ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual)**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1994. p. 161.

¹⁹⁵ CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 625-631

¹⁹⁶ Ver, nesse sentido, AGUIAR JR., Ruy Rosado. **Projeto De Código Civil: As Obrigações E Os Contratos**. In Revista de Direito Renovar nº 15. Rio de Janeiro: Renovar, set-dez. 1999, p. 19-36.

A par das objeções apontadas pelo autor, há que se destacar a relativa à restrita concepção que o Código Civil apresenta acerca do processo contratual, eis que excluídas a fase de negociação e execução, o que, inclusive, levou à apresentação de projeto de lei para a alteração do artigo 422 do Código Civil, propondo-se a seguinte redação: “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim nas negociações preliminares e conclusão do contrato, como em sua execução e fase póscontratual, os princípios de probidade e boa-fé e tudo mais que resulte da natureza do contrato, da lei, dos usos e das exigências da razão e da equidade” (Projeto de Lei 6960/2002).

Finalmente, destaca-se a terceira função do princípio da boa-fé objetiva, relativa à função corretiva ou de controle das chamadas cláusulas abusivas, que têm o escopo de delimitar direitos, atuando como limite ou óbice ao exercício de direitos subjetivos, tendo estreita ligação com a teoria do abuso de direito (art. 187 Código Civil)¹⁹⁸.

Assim, a função de controle tem por finalidade esclarecer *como* podem as partes exercer os direitos que a cada uma competem, enfatizando o dever de agir com moderação no exercício de referidos direitos¹⁹⁹.

O credor, no exercício do seu direito, não pode exceder os limites impostos pela boa-fé, sob pena de incorrer em ilicitude ou, ao menos, em antijuridicidade.

Referida finalidade era antes relacionada ao abuso de direito e ao excesso de dolo, os quais, hoje, guardam relação com o princípio da função social, pois apresenta-se a boa-fé como norma que não admite condutas que contrariem o mandamento de agir com lealdade e correção, sendo que somente assim se estará a atingir a função social que lhe é cometida, tendo particular operatividade em matéria de resolução do contrato²⁰⁰, o que será abordado com mais vagar mais adiante.

¹⁹⁷ Ver, nesse sentido, AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Insuficiências, Deficiências e Desatualização do Projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, maio 2000. p. 11-17.

¹⁹⁸ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato – Novos Paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.141.

¹⁹⁹ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual)**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1994. p. 167.

²⁰⁰ Ver, nesse sentido, MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 455/457.

A limitação do exercício dos direitos subjetivos, pela atuação da boa-fé objetiva, passou a ser compreendida pelo que se denominou de 'teoria dos atos próprios', pela qual se entende que a ninguém é lícito fazer valer um direito em contradição com a sua anterior conduta interpretada objetivamente segundo a lei, os bons costumes e a boa-fé. O seu efeito primordial é impedir que a parte que tenha violados deveres contratuais exija o cumprimento pela outra parte, ou valha-se do seu próprio incumprimento para beneficiar-se de disposição contratual ou legal²⁰¹.

A aplicação de referida teoria ocorre por diversos modos, os quais serão demonstrados de forma sucinta, a fim de traçar um panorama geral sobre o assunto, sem pretender, contudo, esgotá-lo, já que não se trata de objeto central do presente trabalho.

Por primeiro, destaca-se o *tu quoque*, que decorre do fato de que 'fere as sensibilidades primárias, ética e jurídica, que uma pessoa desrespeitar um comando e, depois, vir a exigir a outrem o seu acatamento'. Reside, conforme doutrina de Judith Martins-Costa, na violação a uma das prestações que afete o equilíbrio mantido entre os sinalagmas, ou seja, abale a estrutura essencial dos contratos bilaterais²⁰².

Afirma Menezes Cordeiro, nesse sentido, que não há que partir, ontologicamente, das prestações para o sinalagma; esse traduz, pelo contrário, a existência e a configuração dos deveres contrapostos os quais, sem essa inserção sistemática, perderiam a identidade e o sentido que os definem. O *tu quoque* ganha, perante essa colocação do sinalagma, uma perspectiva diferente: qualquer atentado a uma das prestações implicadas pode ser, na realidade, um atentado ao sinalagma; sendo-o, altera toda a harmonia da estrutura sinalagmática, atingindo, com isso, a outra prestação. A justificação e a medida do *tu quoque*, estão, pois, nas alterações que a violação primeiro perpetrada tenha provocado no sinalagma²⁰³. Decorre da violação a impossibilidade da parte invocar a prestação da contra-parte, assim como

²⁰¹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 460-461.

²⁰² MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 465.

²⁰³ CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 845.

se beneficiar de alegação defensiva de descumprimento do contrato, quando, antes, já o havia descumprido²⁰⁴.

A seu turno, Teresa Negreiros destaca que é também no exercício da sua função de limitar o exercício de direitos subjetivos em nome da preservação do sinalagma que a boa-fé serve como fundamento para a chamada teoria do adimplemento substancial²⁰⁵.

De acordo com esta teoria, originária do sistema da *common law*, ainda que a norma contratual ou legal preveja a rescisão do contrato, o fato de a prestação ter sido substancialmente satisfeita veda ao credor o exercício do direito de rescisão, em atenção ao princípio da boa-fé objetiva²⁰⁶.

Continuando, de acordo com a teoria dos atos próprios, que limita o exercício de direitos subjetivos, ressalta a incidência, como decorrência da violação da boa-fé, a proibição do *venire contra factum proprium* que se traduz na tutela da confiança da contraparte, da expectativa que lhe foi criada e de que não é elemento, ou, ainda, a negligência culpável de quem exerce indevidamente o direito²⁰⁷.

Isto porque, o *venire contra factum proprium*, postula dois comportamentos da mesma pessoa, lícitos em si e diferidos no tempo. O primeiro, *factum proprium*, é contrariado pelo segundo, o que prescinde de valoração à luz do ordenamento vigente²⁰⁸.

Fernando Noronha, com apoio na lição de Franz Wieacker, assevera que o *venire contra factum proprium* não exige culpa do titular do direito, pois não se trata de princípio que não pressupõe necessariamente atuação de má-fé, sendo simplesmente aplicação do princípio da 'confiança no tráfico jurídico', que não pode

²⁰⁴ CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 839/840. Cita o autor julgado da Corte Alemã, segundo o qual “quem viole o contrato e ponha em perigo o escopo contratual não pode derivar de violações contratuais posteriores e do pôr em perigo o escopo do contrato, causados pelo parceiro contratual, o direito à indemnização por não cumprimento ou à rescisão do contrato, como se não tivesse, ele próprio, cometido violações e como se, perante a outra parte, sempre se tivesse portado leal ao contrato. ...”.

²⁰⁵ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato – novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 144.

²⁰⁶ Ver, nesse sentido MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 458.

²⁰⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 469.

²⁰⁸ CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 745.

'separar-se do valor significativo que à própria conduta pode ser atribuído pela outra parte'²⁰⁹.

Anderson Schreiber, em obra específica sobre o tema, no mesmo sentido, aduz a irrelevância da intenção de contrariar ou de romper a confiança de outrem, sendo um princípio estritamente objetivo, fundado na proteção ao outro, e não no ânimo subjetivo de quem age de forma incoerente²¹⁰.

Ressalta, ainda, referido autor, como pressupostos da incidência do *nemo potest venire contra factum proprium*, (i) um *factum proprium*, isto é, uma conduta inicial; (ii) a legítima confiança de outrem na conservação do sentido objetivo desta conduta; (iii) um comportamento contraditório com este sentido objetivo (e por isto mesmo violador da legítima confiança); e (iv) um dano ou, no mínimo, um potencial de dano a partir da contradição²¹¹.

Verifica-se, portanto, que a finalidade do *nemo potest venire contra factum proprium*, é impedir que a incoerência e a conseqüente ruptura da confiança causem prejuízo àquele que aderiu ao sentido objetivo da conduta inicial, sendo necessário demonstrar alguma espécie de prejuízo, efetivo ou potencial, de ordem patrimonial ou moral, que, associando-se à ruptura das expectativas legítimas, justifique a inadmissibilidade da contradição ou a respectiva reparação²¹².

Menezes Cordeiro acentua, ainda, as figuras da *suppressio e surrectio*.

A *suppressio* é a inadmissibilidade do exercício de um direito (ou seja, a sua supressão, daí a denominação), por ter o seu titular deixado de exercê-lo durante algum tempo, e, em virtude das circunstâncias da situação concreta, essa omissão

²⁰⁹ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual)**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1994. p. 184. No mesmo sentido, Karl Larenz, afirma que: “*La protección de la buena fe en la apariencia de que existe una declaración de voluntad, y en determinados documentos o registros, al igual que la exigencia de observar la <<buena fe>>, no está basada ético-jurídicamente, sino que es, antes bien, un medio de la técnica jurídica para aumentar la seguridad del tráfico negocial*”. (LARENZ, Karl. **Derecho civil, parte general**. Madrid: EDERSA, 1978. p. 60).

²¹⁰ SCHREIBER, Anderson. **A proibição do comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 272.

²¹¹ SCHREIBER, Anderson. **A proibição do comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 271.

²¹² SCHREIBER, Anderson. **A proibição do comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 273.

teve o efeito de gerar na contraparte a confiança de que esse referido direito não mais seria exercido²¹³.

Não é suficiente para caracterizá-lo o simples retardamento no exercício do direito, sendo indispensável que em virtude da delonga tenha surgido na outra parte a confiança, em termos objetivos, de que não mais haveria o seu exercício. Trata-se, da inadmissibilidade de exercício de um direito por seu retardamento desleal, denominada pelos alemães de *Verwirkung*²¹⁴.

De maneira inversa, o fenômeno do surgimento de direitos para a contraparte, isto é, por quem está sendo protegido pela *suppressio*, é o que se denomina de *surrectio*, sendo sempre elucidativa a lição de Menezes Cordeiro, para quem 'o fenômeno da *suppressio*, traduzido no desaparecimento de posições jurídicas que, não sendo exercidas, em certas condições, durante determinado lapso de tempo, não mais podem sê-lo, sob pena de contrariar a boa fé, corresponde a uma forma invertida de apresentar a realidade. A *suppressio* é, apenas, o subproduto da formação, na esfera do beneficiário, seja de um espaço de liberdade onde antes havia adstrição, seja de um direito incompatível com o do titular preterido, seja, finalmente, de um direito que vai adstringir outra pessoa por, a esse mesmo beneficiário, se ter permitido actuar desse modo, em circunstâncias tais que a cessação superveniente da vantagem atentaria contra a boa-fé. O verdadeiro fenômeno em jogo é o da *surrectio*, entendida em sentido amplo. É nesta que devem ser procurados requisitos. Estes, ainda que aproveitando as investigações de Canaris, devem ser ampliados de modo a adaptarem-se à extensão verdadeira do problema englobando, pois, quer a *surrectio*, propriamente dita, que a liberação. Assim o beneficiário tem de integrar uma previsão de confiança, ou seja, deve encontrar-se numa conjuntura tal que, objectivamente, um sujeito normal acreditaria

²¹³DANTAS JR., Aldemiro Rezende. **Teoria dos atos próprios no princípio da boa-fé**. Curitiba: Juruá, 2007. p. 390-391.

²¹⁴SCHREIBER, Anderson. **A proibição do comportamento contraditório: tutela da confiança e *venire contra factum proprium***. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 178. Acentua o autor, ainda, que referido instituto nasceu na Alemanha, após a Primeira Guerra Mundial, remontando os primeiros casos de aplicação da *verwirkung*, à exigência do credor informar rapidamente sobre a pretensão de seu crédito, pois em razão da alta inflação, a correção do valor poderia levar à multiplicação do valor do débito, tendo, depois se estendido para outras situações. No mesmo sentido, CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 801-802.

que no não exercício superveniente do direito da contraparte, quer na excelência do seu próprio direito²¹⁵.

De toda sorte, impende destacar que ambas encontram fundamento, em nosso ordenamento, no art. 187 do Código Civil, ao tratar de forma mais ampla da figura do abuso do direito, que a limitar total ou parcialmente um direito, estará, automaticamente, admitindo a criação de um direito para o outro.

Por fim, importante anotar que a finalidade primordial da *suppressio* é a proteção à boa-fé do outro sujeito, de forma que a atuação desta não depende de ter havido dolo ou má-fé do titular do direito, pois a idéia básica não é de punição, mas sim de proteção daquele que se sentir lesado com a inércia do outro, em virtude da boa-fé objetiva, concretizada no fato de ter surgido a confiança do obrigado de que o direito nunca seria exercido²¹⁶.

Feitas essas breves considerações acerca do atual tratamento dado ao princípio da boa-fé objetiva, positivado pelo Código Civil no art. 422 como cláusula geral, percebe-se que a boa-fé objetiva será utilizada de forma multifuncional, ou seja, como guia interpretativo, como centro de criação de deveres anexos de conduta e, ainda, como fator de limitação ao exercício de direitos.

Tal como já adiantado, não será fácil ao intérprete, durante a análise do caso concreto, definir com exatidão quais das funções será empregada, na medida em que é tênue a limitação entre uma e outra, o que, todavia, não desclassifica ou diminui a eficiência da boa-fé como cláusula geral, verdadeiro vetor para aplicação criativa do direito.

Como já acentuava Clóvis do Couto e Silva muito antes da entrada em vigor do novo Código, e conseqüentemente do art. 422, “a relevância recentemente dada

²¹⁵ CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 824.

²¹⁶ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual)**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1994. p. 186. Difere o autor, ainda, a perda do direito por protraimento desleal do seu exercício da prescrição e decadência, pois: “*Enquanto nestas é suficiente o mero decurso de determinado lapso de tempo, no protraimento desleal é imprescindível que o titular do direito tenha tido um comportamento deslealmente contraditório, criando na pessoa contra quem o seu direito se dirigia uma situação de justificada confiança em que ele nunca seria exercido. Por isso, no protraimento desleal, 'o critério decisivo não é o decurso do tempo, nem tampouco a só inatividade do titular', escreve Larenz, 'mas a confiança do obrigado ou do oponente ... motivada pela dita inatividade': daí que o 'espaço de tempo que há de transcorrer até que se dê a perda do direito (...) possa ser de diversa duração'*”.

ao princípio da boa-fé, no campo do direito das obrigações, expressa talvez a principal reação contra as idéias e o sistema do positivismo jurídico, no plano da ciência do Direito. ... A aplicação do princípio da boa-fé tem, porém, função harmonizadora, conciliando o rigorismo lógico-dedutivo de ciência do século passado com a vida e as exigências éticas atuais, abrindo, por assim dizer, no “hortus conclusus” do sistema do positivismo jurídico, “janelas para o ético”²¹⁷.

Contudo, não é demais ressaltar que em sendo a boa-fé objetiva uma norma da qual derivam deveres impostos aos contratantes e, por outro lado se retiram fundamentos para a limitação do exercício de certos direitos, dito caráter normativo não poderá ser utilizado sem critérios, transformando tão nobre instituto numa espécie de ‘aspirina jurídica’, que remedia todos os males, o que poderia conduzir à sua ineficácia, em razão de paradoxos e contradições gerados pelo uso não científico da regra²¹⁸.

Assim, na dura tarefa de interpretar o direito caberá ainda mais aos magistrados, ao lado da interpretação tradicional lógica e histórica, ao lado do ato cognoscitivo da subsunção, a admissão, de acordo com a teoria moderna, de fatores ‘meta-jurídicos’, entendidos estes como interpretação de interesses dignos de serem levados em conta, aperfeiçoamento da norma através da aplicação de proposições fundamentais; construção segundo valorizações em geral vigentes, ou novas²¹⁹.

Na verdade, em razão da importância do princípio da boa-fé, no Código Civil de 1916, manifestar-se particularmente no Direito das Coisas, como estado subjetivo, a aplicação objetiva deste, tal como preconizada pelo Código Civil de 2002, já era mencionada por juristas desde muito antes, com a invocação do tema no campo das obrigações. Clóvis V. do Couto e Silva aponta que o primeiro jurista a mencionar, entre nós, a aplicação objetiva do princípio da boa-fé foi Emílio Betti, em curso proferido na Faculdade de Direito da Universidade do Rio Grande do Sul, em 1958, e já salientava a existência dos deveres de cooperação do devedor,

²¹⁷ COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. **A obrigação como processo**. Sao Paulo: Jose Bushatsky, 1976. p. 41.

²¹⁸ NEGREIROS, Teresa. O princípio da boa-fé contratual. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. (Coord). **Princípios do Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 221-253. p. 252.

²¹⁹ COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. **A obrigação como processo**. Sao Paulo: Jose Bushatsky, 1976. p. 43.

resultantes da aplicação do princípio da boa-fé, na linha, do que dispunha o Código Civil italiano (artigos 1175, 1337, 1374 e 1375) e tal como já anteriormente já o fizera o Código Civil alemão (§242)²²⁰.

Verifica-se, antes, contudo, em trabalho realizado em 1938, que O. Moreira Guimarães, analisando a extensão da proteção da boa-fé a casos não expressos no código, adverte que ‘a lei não protege excepcionalmente a boa fé, mas dá-lhe efeitos jurídicos, onde quer que se manifeste’²²¹.

Destaca Judith Martins-Costa, a seu turno, que na vigência do Código Civil de 1916, não obstante a escassez do texto escrito, que a boa-fé já vigorava no direito positivo, seja por força do art. 113 do Código Comercial, seja por ter sido largamente acolhida por via jurisprudencial pois é axiomático que o Direito deve tutelar as condutas segundo a boa-fé²²².

Impensável, pois, atualmente, um código sem a inclusão de preceitos análogos à boa-fé objetiva, eis que esta representa verdadeira mola de acesso a decisões mais flexíveis, que não encontram solução nas normas postas, pois impossível ao Direito, enquanto sistema, prever todas as possibilidades de acontecimentos da vida humana, principalmente se se considerar a sua principal tarefa de regulação e pacificação de situações futuras.

Nesse sentido, tal como no ordenamento alemão, a legislação italiana, cujo Código Civil foi editado em 1942, também previu as regras da boa-fé objetiva, no campo contratual, assim como, de forma mais específica, a regra de ‘correttezza’ no âmbito obrigacional, pelo que se passará a analisá-los, sem pretender, por óbvio, se esgotar a matéria o que se mostraria por demasiado pretensioso, a fim de simplesmente trazer alguma contribuição sobre o ordenamento estrangeiro com relação a tais institutos, partindo-se, especificamente, da concepção de obrigação, na ótica italiana.

²²⁰ COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo. O princípio da boa-fé no Direito brasileiro e português. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (org.). **O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 33-34.

²²¹ GUIMARÃES, Otávio Moreira. **A boa fé no direito civil brasileiro**. São Paulo: Empresa Gráfica da Revista dos Tribunais, 1938. p. 56.

²²² MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social entre cosmos e taxis: a boa-fé nas relações de consumo, p. 611/661. In MARTINS-COSTA, Judith (org.). **A Reconstrução do Direito Privado: reflexos dos**

5 - A CONCEPÇÃO DE BOA-FÉ NO ORDENAMENTO CIVIL ITALIANO

5.1 - Importância E Valoração Do Comportamento Das Partes Segundo Paradigmas Previstos no Código Civil Italiano

De acordo com a doutrina italiana, a relação obrigacional, ou seja, obrigação de conteúdo de bem jurídico ou de interesse da outra parte, isto é, do credor, pode ser dividida em obrigação (*obbligo*) principal e secundária, sendo que o ponto em comum entre a doutrina italiana e a alemã se cinge à *buona fede* e *correttezza*.

A inovação alemã foi importante para a Itália por ter feito nascer a teoria da *buona fede integrativa* e, assim, a teoria da proteção das obrigações secundárias, que consiste na responsabilidade sem a existência da respectiva obrigação. Para Ugo Natoli, não se trata de função integrativa e subsidiária, mas uma função corretiva²²³.

Realmente, o art. 1175 do Código Civil Italiano, localizado no Livro IV, dedicado ao tratamento das obrigações, estabelece no capítulo primeiro, nas disposições preliminares, que “*Il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza*”.

Por sua vez, no mesmo livro, porém no capítulo quinto que trata dos efeitos do contrato, está previsto nas disposições gerais o artigo 1375, que dispõe, por outro lado, que “*Il contratto deve essere eseguito secondo buona fede*”.

Em razão das disposições autônomas previstas nos artigos 1175 e 1375, parte da doutrina afirmava que os conteúdos de *correttezza* e *buona fede* eram diversos, o que não se sustenta, no entender de Ugo Natoli, para quem as duas disposições têm conteúdo substancialmente idêntico, ambas fazendo referência a um mesmo critério objetivo de valoração²²⁴.

²²³ NATOLI, Ugo. **L’attuazione del rapporto obbligatorio e la valutazione del comportamento delle parti secondo le regole della correttezza**. In Studi in memoria di Giovan Battista Funaioli. Milano: Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1961. p. 160.

²²⁴ Tradução livre da autora. No original: “*le due disposizioni hanno contenuto sostanzialmente identico, facendo entrambe riferimento ad uno stesso criterio oggettivo di valutazione*” Ugo Natoli, citando E. Betti, aduz, ainda, que: “*La distinzione sembra ricollegarsi a quella prospettata da una parte della dottrina tedesca, dehe, com’è noto, contrappone <<Treu und Glauber>> a <<Gute Sitten>>. Questi ultimi si riferirebbero a un criterio generale valido per la valutazione del comportamento dei soggetti indipendentemente dalla considerazione di un qualsiasi rapporto giuridico particolare. I primi, invece, rappresenterebbero la base per la valutazione del*

Mais adiante afirma que referido critério não é criado pelo direito, mas que o direito o assume e o acolhe da consciência social, da consciência ética da sociedade na qual este é destinado a valer²²⁵.

A regra de *correttezza* conforme entendimento de Natoli, impõe a qualquer um dos sujeitos da relação o dever de comportar-se de modo a não lesar o interesse do outro fora dos limites da legítima tutela do próprio interesse²²⁶.

Não se trata, na verdade, de simples referência à necessidade de que o comportamento das partes sejam marcados pela lealdade, ao respeito da confiança recíproca, a exigência da escolha de solução menos gravosa para a contraparte, ou mais genericamente a um novo princípio de solidariedade, em razão das partes pertencerem a uma mesma comunidade.

Mais que uma complexa visão ético-social de relações intersubjetivas, se trata da instauração de uma garantia substancial de respeito à personalidade dos sujeitos, que representa a direção fundamental de desenvolvimento da estrutura de todo o sistema.

A referência à regra de *correttezza* e de boa-fé nos artigos 1175 e 1375 vale, de fato, a advertir o juiz da necessidade que, também aos fins de valoração da legitimidade do comportamento das partes na atuação da relação obrigacional, operam no caso concreto a indispensável ligação das disposições particulares da lei com os fundamentos éticos-sociais de todo o ordenamento.

Instrumento específico de tal ligação são as regras da *correttezza* e boa-fé, cujos valores o juiz deve, no caso concreto, constantemente procurar os decisivos reflexos, independentemente de um particular pedido da parte²²⁷.

comportamento reciproco di soggetti vincolati da um rapporto particolare". (NATOLI, Ugo. **L'attuazione del rapporto obbligatorio e la valutazione del comportamento delle parti secondo le regole della correttezza.**, In Studi in memoria di Giovan Battista Funaioli. Milano: Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1961.)

²²⁵ NATOLI, Ugo. **L'attuazione del rapporto obbligatorio e la valutazione del comportamento delle parti secondo le regole della correttezza.** In Studi in memoria di Giovan Battista Funaioli. Milano: Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1961. p. 152. Tradução livre. No original "*non é foggiato dal diritto, ma che il diritto assum e riceve dalla coscienza sociale, dalla coscienza etica della società nella quale esso è destinato a valere*".

²²⁶ NATOLI, Ugo. **L'attuazione del rapporto obbligatorio e la valutazione del comportamento delle parti secondo le regole della correttezza.** In Studi in memoria di Giovan Battista Funaioli. Milano: Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1961. p. 155. Tradução livre da autora. No original: "*Le regole della correttezza impone a ciascuno dei soggetti del rapporto di comportarsi in modo da non ladere l'interesse dell'altro fuori dei limite della legittima tutela dell'interesse proprio*".

As regras de *correttezza* e da boa-fé são, no ordenamento italiano, imperativos inderrogáveis. Uma conserva em abstrato o sentido do comportamento dos sujeitos, a outra conserva o modo de tal comportamento in concreto. Para Luigi Mengoni²²⁸, em reflexão aos 50 anos do Código Civil Italiano, o art. 1175, ao contrário, tem uma função complementar de relação independente da fonte da qual deriva. A cláusula da *correttezza* é uma fonte autônoma de obrigações integrativas *ex legge* destinadas a estender a responsabilidade por inadimplemento aos prejuízos sofridos da esfera jurídica de qualquer parte em razão de comportamentos lesivos da outra, legados de um nexo de casualidade necessária do contato social instaurado com a relação²²⁹.

Afirma ainda que a regra da *correttezza* cumpre também uma função-limite ao exercício da pretensão de crédito, quando a realização do interesse do credor não seja possível se não com sacrifício de um interesse que, confrontado com a tábula dos valores constitucionalmente protegidos, se mostre mais merecedor de tutela.

Para Pietro Perlingieri, *correttezza* e boa-fé exprimem, na realidade, uma mesma entidade conceitual que determina o surgimento de deveres positivos e negativos tanto para o devedor quanto para o credor, sedo que a jurisprudência italiana tem individuado múltiplas manifestações concretas do princípio da *correttezza* e da boa-fé, movendo da perspectiva ampla e geral segundo a qual a sua violação se realiza na medida em que o comportamento de uma parte não seja imprimido de lealdade, sinceridade e solidariedade social, acolhendo-se de tal maneira uma acepção positiva e não meramente negativa²³⁰.

²²⁷ NATOLI, Ugo. **L'attuazione del rapporto obbligatorio e la valutazione del comportamento delle parti secondo le regole della correttezza.** In Studi in memoria di Giovan Battista Funaioli. Milano: Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1961. p. 158-159. Tradução livre da autora. No original: “*Strumento specifico di tale collegamento sono le regole della correttezza e della buona fede, quei valori, cioè, di cui il giudice deve, nel caso concreto, costantemente ricercare i decisivi riflessi, indipendentemente da una particolare richiesta di parte.*”

²²⁸ MENGONI, Luigi. I cinquant'anni del Codice Civile: Considerazioni sulla parte generale delle obbligazioni. In: **Scritti in onore di Rodolfo Sacco.** Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1994. p.757-759.

²²⁹ MENGONI, Luigi. I cinquant'anni del Codice Civile: Considerazioni sulla parte generale delle obbligazioni. In: **Scritti in onore di Rodolfo Sacco.** Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1994. p.757-759. Tradução livre da autora. No original: “*La clausola della correttezza è una fonte autonoma di obblighi integrativi ex legge destinati a estendere la responsabilità per inadempimento ai pregiudizi sofferti dalla sfera giuridica di ciascuna parte a causa di comportamenti lesivi dell'altra legati da un nesso di occasionalità necessaria al contatto sociale instaurato dal rapporto.*”

²³⁰ PERLINGIERI, Pietro. **Manuale di diritto civile.** 5ªed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2005. p. 212-213.

Portanto, diante do quanto brevemente exposto, pode-se concluir que as regras insertas nos artigos 1175 e 1375 do Código Civil Italiano de 1942, prevêm respectivamente os comandos de *correttezza* e *buona fede* que têm por conteúdo, respectivamente, as obrigações de aviso e de proteção, sendo que a primeira impõe o dever de informação tempestiva sobre a existência das prestações e circunstâncias a fim de que não seja prejudicada a outra parte no cumprimento de sua obrigação, enquanto que o segundo, tende a preservar a esfera jurídica das partes de fatos potencialmente lesivos conexos à execução da prestação, com a valoração da discricionariedade do comportamento da parte.

Referidos parâmetros de comportamento, tal como prevê o art. 422 do Código Civil Brasileiro, devem ser observados pelas partes durante toda a relação obrigacional, sendo verdadeiros vetores de comportamento que irão determinar o adimplemento da obrigação, com a satisfação do interesse perseguido pelo credor, assim como os limites de ausência de responsabilidade do devedor em caso de inadimplemento, o que deverá ser aferido mediante a análise do caso concreto e em confronto com a tábula de valores constitucionalmente protegidos.

5.2 - O comportamento das partes segundo as orientações constitucional e comunitária.

Considerando-se a relação obrigacional por um aspecto abstrato e generalizado, tem-se que a relação obrigacional significa uma relação jurídica entre dois sujeitos, em virtude da qual o credor tem direito de receber do devedor uma prestação suscetível de valoração econômica e destinada a satisfazer um interesse também não patrimonial, sendo que sob esta perspectiva o perfil teleológico da obrigação, caracterizado pelo interesse do credor, o qual é valorado em termos estáticos, somente a título de elemento constitutivo da relação jurídica.

Até os anos 1950, se sustentava na doutrina italiana uma visão da relação obrigacional fiel às disposições previstas no Código Civil, emergindo como caráter principal da relação o interesse do credor, cuja falta, inicial ou posterior, determinaria

a inexistência da obrigação, conforme aduz L. Barassi²³¹, restando visível, assim, a impossibilidade de serem configurados deveres atribuídos ao credor quanto à cooperação para o adimplemento da obrigação.

Porém, a interpretação sistemática do art. 1174 com outros dispositivos do Código, principalmente aquele previsto no art. 1175, e preceitos legislativos, permite atribuir relevância aos interesses do devedor também e de ser exigido do credor um comportamento correto das partes, mediante a aplicação, ainda, do instrumento de cooperação (Relazione al codice nº 558: la correttezza è definita come <<dovere di comportarsi in modo a non ledere l'interesse altrui fuori dalla legittima difesa dell'interesse proprio>>) para a solução de possíveis conflitos entre contrapostos interesses, reservando à boa fé objetiva a função de regra de governo da relação, segundo os interesses concretamente envolvidos.

Com a entrada em vigor da Constituição Italiana, a doutrina passou a estudar a questão privilegiando, nos dizeres de Giuseppe Recinto, 'um metodo di studio generalizzante, secondo il quale l'interpretazione consiste in un ragionamento sillogistico, e cioè nel ricondurre alla norma (premissa maggiore) il singolo caso concreto (premissa minore)', permitindo-se elaborar soluções interpretativas relacionadas efetivamente aos interesses *meritevoli di tutela*²³².

Ou seja, por meio de uma interpretação teleológica (interesses relevantes no caso em concreto) e axiológica (valoração da finalidade da disposição em conformidade com o sistema) é possível se recuperar o significado do 'dever ser' do fato concreto à luz do ordenamento jurídico, como dito por Geremia Romano²³³, sobretudo considerando-se a hierarquia dos valores constitucionais, resultando, assim, no relacionamento do significado de boa-fé ao princípio da solidariedade.

Portanto, sob este aspecto, o princípio da *correttezza* assegura a correspondência de poderes e deveres das partes quanto aos interesses envolvidos e que justificam a relação jurídica.

²³¹ Apud RECINTO, Giuseppe. Buona Fede ed Interessi dedotti nel rapporto obbligatorio tra legalità costituzionale e comunitaria. In: **Rassegna di Diritto Civile**, 2002.

²³² RECINTO, Giuseppe. Buona Fede ed Interessi dedotti nel rapporto obbligatorio tra legalità costituzionale e comunitaria. In: **Rassegna di Diritto Civile** 2002. p. 275.

²³³ ROMANO, Geremia. **Interessi del debitore e adempimento**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1995. p. 44 ss.

Conforme assevera Giuseppe Recinto, “la descritta funzione ‘adeguatrice’ della buona fede si risolve nell’uso sempre più frequente della clausola in esame per riequilibrare sul piano economico o normativo regolamenti d’interessi nei quali una parte si trova in una situazione di debolezza. ... Ed al riguardo non può trascurarsi che la buona fede consente il richiamo non soltanto al principio costituzionale di solidarietà, ma anche a quello, di origine comunitaria, di proporzionalità”²³⁴.

Tal orientação pode ser vista nas disposições dos princípios do direito europeu dos contratos e tende a constituir um instrumento hábil a indicar, na solução do caso concreto, uma regra de conduta razoável, “in quanto espressione di un regolamento d’interessi ‘equilibrato’, sia nella fase genetica sia in quella funzionale. ... Alla luce dell’attuale sistema delle fonti, il significato ampio della clausola generale di buona fede va, quindi, recuperato attraverso il richiamo alla legalità non soltanto costituzionale, bensì anche comunitaria, in una impostazione sempre diretta ad assicurare una maggiore aderenza del diritto alla situazione di fatto, senza rinunciare, però, alle garanzie offerte da un collegamento ai valori fondamentali dell’ordinamento”²³⁵.

Disto resulta que o comportamento das partes, de acordo com os cânones constitucionais estabelecidos na Carta Constitucional Italiana, deve preferir, no conflito entre valores pessoais e patrimoniais, o primeiro, à luz de uma valoração qualitativa empregada na constituição, porque a pessoa representa o valor justificativo desta mesma obrigação.

Portanto, sob tal perspectiva, as obrigações de proteção inseridas na relação obrigacional assumem a relevante função de assegurar a tutela da pessoa em todas as suas possíveis manifestações, impondo às partes o dever de agir de acordo a salvaguardar interesses de outras pessoas.

Nesse sentido, há que se destacar clara evolução da relação obrigacional, pois o Código Civil Italiano de 1865 era centrado no comportamento do devedor (adimplemento), o que caracterizava a teoria personalística, enquanto que o Direito

²³⁴ RECINTO, Giuseppe. Buona Fede ed Interessi dedotti nel rapporto obbligatorio tra legalità costituzionale e comunitaria. In: **Rassegna di Diritto Civile 2002**. p. 292.

²³⁵ RECINTO, Giuseppe. Buona Fede ed Interessi dedotti nel rapporto obbligatorio tra legalità costituzionale e comunitaria. In: **Rassegna di Diritto Civile 2002**. p. 294/295.

Romano previa a 'obbligò', que estava estruturada na potestade do credor em relação ao obrigado.

Mais tarde passou a ser aceita a teoria patrimonial, por meio da qual a relação obrigacional se cingia na responsabilidade patrimonial do devedor, em caso de inadimplemento da obrigação, com a possibilidade de execução forçada, subsidiária ao adimplemento da obrigação.

O Código Civil Italiano de 1942 trata do direito das obrigações como direito autônomo porque o considera independentemente de sua fonte, sendo elementos constitutivos da relação obrigacional a patrimonialidade, interesse do credor e individuação dos sujeitos

A valoração do comportamento das partes, todavia, sofreu patente evolução desde a introdução do Código Civil de 1942, principalmente após a entrada em vigor da Constituição de 1947 e com o advento da organização da comunidade européia.

As regras insertas nos artigos 1175 e 1375 do Código Civil de 1942, de *correttezza e buona fede*, vistas como deveres secundários da relação obrigacional, era tidas antes, pela doutrina, como o dever de não prejudicar outrém, considerando-se as peculiaridades do caso concreto, o que nortearia a avaliação do juiz.

Referido posicionamento, tal como demonstrado, diante das normas e princípios que informam o sistema italiano, passou a ser revisto por parte da doutrina, conduzindo a formação de conceitos gerais quanto à valoração do comportamento das partes na relação obrigacional.

Desta forma, a par da centralidade do sistema jurídico italiano na ampla realização da pessoa, de acordo com a ordem constitucional e comunitária, o princípio da boa fé reclama não somente o princípio constitucional de solidariedade, mas também de proporcionalidade, tendentes a solucionar de modo equilibrado eventuais conflitos de interesses, no qual uma das partes se encontra em condição de fragilidade.

Por fim, resta destacar a evolução do instituto quanto ao comportamento das partes, que se estende desde o nascimento da obrigação até a sua execução, de

adotar não mais um simples dever negativo de respeito à esfera jurídica de outras pessoas, mas sim uma conduta tendente a salvaguardar referidos interesses, de forma a manter a paz social, com a realização e valorização da pessoa, em todos os seus aspectos, em respeito aos princípios constitucionais e comunitários vigentes.

6 – A CONFIANÇA COMO PRESSUPOSTO DA BOA-FÉ

6.1 – A Necessária Eficiência Funcional Entre As Fontes Normativas

Em suma, das preposições expostas nos tópicos precedentes, destaca-se a existência de duas realidades principais, centradas especificamente no atual quadro social, e, de outro lado, na mudança de paradigmas do direito, iniciada com a promulgação da Constituição Federal de 1988, posteriormente com a edição do Código de Defesa do Consumidor em 1990 e, finalmente, com a edição do novo Código Civil em 2002.

De fato, tal como abordado em profundidade por Cláudia Lima Marques, a sociedade atual se apresenta cada vez mais hipercomplexa, a revolução da comunicação rápida e acesso abundante de informações pela rede mundial da internet e dos novos meios de comunicação de massa e individuais, teria apressado o aparecimento desta nova fase mais internacional, globalizada e visual da pós-modernidade, o que, por outro lado, gera uma desconfiança do direito, ligada às insuficiências da dogmática, ou, melhor, da forma como são interpretadas, aplicadas e concretizadas as normas de direito privado²³⁶.

Não é por menos. A vida social mudou drasticamente no último século e as diferenças de diretriz entre os Códigos Civis de 1916 e de 2002, desta forma, são gritantes.

Segundo Miguel Reale, os três princípios fundamentais ou diretrizes do Novo Código de 2002 são: eticidade, socialidade e operabilidade. A primeira com a valoração da boa-fé, a segunda, no sentido de superar-se o caráter individualista do Código de 1916, feita para um país eminentemente agrícola, com a maioria da população no campo. Hoje o quadro encontra-se invertido, com a maioria da

²³⁶ MARQUES, CLÁUDIA LIMA. A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise da confiança ou de crescimento do contrato? (MARQUES, CLÁUDIA LIMA (coord.). **A nova crise do contrato – estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 37).

população vivendo nas cidades, sobrevivendo desta forma, a preponderância do social pelo individual²³⁷.

Com base nas reflexões de Zygmunt Bauman, Cláudia Lima Marques refere, nesse contexto, que a pós-modernidade individualiza, pluraliza e fragmenta ainda mais as normas de proteção social dos mais fracos, surgindo uma ‘sociedade individualizada’, de órfãos do Estado, globalizada e virtual de consumo²³⁸.

Conclui, adiante, que na atual fase da pós-modernidade e de queda do Estado Social ou de bem-estar, o trabalhador teria sido substituído pelo consumidor, de forma que todas as expectativas de vida são construídas com base em eleições de consumo e não mais ao redor do trabalho, das capacidades profissionais e da disponibilidade de empregos. Se antes ser ‘pobre’ era não ter trabalho ou conseguir o salário almejado, hoje, ser ‘pobre’ está atrelado a estar excluído do consumo que se deseja²³⁹.

Assim, as bases centrais do direito privado, ou seja, a família, a propriedade e o contrato, são vistos pelo Código Civil de 2002 pela sua função social.

O Código Civil, como código central do direito privado, preserva o espaço de leis especiais não incorporadas, algumas leis sobre atividades comerciais, já que revogou somente em parte o Código Comercial de 1850, assim como o espaço dos microcódigos ou microssistemas, que continuam em vigor, com seu âmbito de atuação especial.

O Código de Defesa do Consumidor, desta forma, em razão da ausência de tutela pelo Código Civil no que respeita à figura do consumidor, permanece vigente com as suas peculiaridades.

²³⁷ REALE, Miguel. **As diretrizes fundamentais do Projeto do Código Civil**. p. 09-26. In Comentários sobre o projeto do Código Civil brasileiro, [realizado por] Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, Tribunal Regional Federal da 3ª Região. - Brasília: CJF, 2002. p. 15-19.

²³⁸ MARQUES, CLÁUDIA LIMA. A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise da confiança ou de crescimento do contrato?, In MARQUES, CLÁUDIA LIMA (coord.). **A nova crise do contrato – estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 35.

²³⁹ MARQUES, CLÁUDIA LIMA. A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise da confiança ou de crescimento do contrato?, In MARQUES, CLÁUDIA LIMA (coord.). **A nova crise do contrato – estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 35.

Não obstante o Código de Defesa do Consumidor seja destinado à tutela típica de relação de consumo, protegendo o consumidor vulnerável, frágil, refém da máquina industrial, por outro lado, o Código Civil permanece destinado à regulação das relações entre civis iguais, o que, concretamente se mostra cada vez mais raro, tendo em vista as diferentes condições socio-econômicas e as conexões cada vez mais impessoais e hipercomplexas que se estabelecem.

Em razão dos contornos acima sucintamente delineados, é que se pode afirmar, na linha do pensamento de Cláudia Lima Marques, a existência de um verdadeiro diálogo entre estas importantíssimas leis da vida privada, ou, 'diálogo das fontes', de acordo com a expressão usada pelo pensador alemão Erik Jayme, seguido pela doutrinadora, o qual significa uma tentativa de expressar a necessidade de uma aplicação coerente das leis de direito privado coexistentes no sistema, procurando uma eficiência funcional, e não só hierárquica, do sistema plural e complexo do direito contemporâneo, a evitar a antinomia, a incompatibilidade ou a não-coerência, o que dependerá, em última instância, do grau de domínio que os aplicadores da lei consigam alcançar²⁴⁰.

A linha mestra adotada pelo Código Civil diante das novas relações contratuais está centrada na função. Ou seja, tanto nas esferas civil, comercial ou de consumo, as situações e os contratos daí resultantes deverão ser analisados pelo aspecto funcional.

Assim, faz-se uso novamente, do singular e eloqüente pensamento de Cláudia Lima Marques que, aduzindo a mudança de paradigma no fato do atual direito privado não mais concentrar-se "no ato (de comércio ou de consumo/destruição) e sim na atividade, não mais naquele que declara (liberdade contratual), mas no que recebe a declaração (confiança despertada), não mais nas relações bilaterais, mas nas redes, sistemas e grupos de contratos. Há uma nova visão finalística e total (holística) da relação contratual complexa atual"²⁴¹.

²⁴⁰ MARQUES, CLÁUDIA LIMA. A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise da confiança ou de crescimento do contrato? (MARQUES, CLÁUDIA LIMA (coord.). **A nova crise do contrato – estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 53/54).

²⁴¹ MARQUES, CLÁUDIA LIMA. A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise da confiança ou de crescimento do contrato? (MARQUES, CLÁUDIA LIMA (coord.). **A nova crise do contrato – estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 58).

A confiança, diante desse cenário, passa a ter um papel de destaque. É o que se passa a abordar.

6.2 - A Confiança Como Fundamento Da Ordem Jurídica

De início, cumpre distinguir a diferença existente entre boa-fé (*bona fides*) e confiança (*cum fides*)²⁴², pois não obstante sejam expressões conexas, representam funções diversas, pois o primeiro é o princípio que informa o modo pelo qual a cooperação entre as partes será devida, tal como demonstrado em tópico precedente, enquanto a última liga-se à proteção das expectativas legítimas e atua como justificativa ou explicação para a vinculabilidade dos negócios jurídicos.

De acordo com Menezes Cordeiro, que escreveu uma das obras mais completas sobre boa-fé, a confiança exprime a situação em que uma pessoa adere a certas representações que tenha por efetiva. O princípio da confiança explicitaria, pois, o reconhecimento dessa situação e a sua tutela²⁴³.

No entanto, críticas foram tecidas à tentativa de sedimentar uma doutrina da confiança, dada a extensão desmedida que as teorias assumiram e a colisão com o Direito positivo. Nesse sentido, quanto à aparência, Stolfi afirma que nenhum legislador poderia sacrificar o ser ao parecer e que a aparência jurídica não é um vetor do ordenamento²⁴⁴.

A aproximação entre confiança e boa-fé (lealdade contratual), que foi iniciada por Hermann Eichler, assim, constituiu um passo da ciência jurídica que, tal como aduz Menezes Cordeiro, não mais se pode perder, tendo, ainda, a proposta de Niklas Luhmann, de uma leitura sociológica da confiança, assumido um papel de relevo no transcender de abstracionismos, uma vez que por certo que a confiança

²⁴² MARTINS-COSTA, Judith. Princípio da confiança legítima e princípio da boa-fé objetiva. Termo de compromisso de cessação (TCC) ajustado com o CADE. Critérios de interpretação contratual: os “sistemas de referência extracontratuais” (“circunstâncias do caso”) e sua função no quadro semântico da conduta devida. Princípio da unidade ou coerência hermenêutica e “usos do tráfego” adimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, volume 852, outubro de 2006. p. 95.

²⁴³ CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 1234.

tem um lugar na ordem moral, que, todavia, afirma Cordeiro, não serve de base para a composição de litígios²⁴⁵.

A confiança, pois, de acordo com Luhmann, permitiria reduzir a complexidade social, na medida em que exclui algumas possibilidades que interferem nas decisões que, por sua vez, desencadeiam comportamentos humanos.

Ao lado da posição sociológica de Luhmann quanto à confiança, é de se registrar o entendimento filosófico e político de Dworkin e Hanna Arendt, respectivamente, ambos destacados por Gerson Luiz Carlos Branco²⁴⁶.

Para Dworkin, no campo filosófico, há um princípio jurídico segundo o qual ninguém pode aproveitar-se da posição que ocupa e da confiança depositada por outrem para obter vantagens que não seriam concedidas, independentemente de se questionar sobre o fato de a pessoa que concede tais proveitos ter ou não consciência da possibilidade do ato.

Já para Hanna Arendt, de acordo com o ponto de vista político, o consentimento é mais do que declaração de vontade, significa aceitar e formular regras tendo como limite o ponto de vista do outro, pelo que o consentimento que forma o *contrato social* é baseado fundamentalmente no sentido moral de fazer e cumprir promessas, modo exclusivamente humano de disciplinar o futuro para torná-lo previsível e seguro. A consequência, é que as ilhas de segurança dependem da preservação da confiança, o que é feito mediante comportamentos que impliquem em consentir.

Também a economia dispensa relevo à confiança, na medida em que o desenvolvimento econômico de uma determinada sociedade está atrelado ao modo de ser de suas instituições, eis que norteiam as relações de cooperação entre os indivíduos, reduzindo a chamada ‘insegurança estratégica’, por meio da qual a condição em que se encontra um indivíduo diante de uma situação não é

²⁴⁴ CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 1237.

²⁴⁵ CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 1240/1242.

determinada exclusivamente por sua conduta, dependendo do agir de outros. Resulta, dessa situação, que quanto maior o grau de confiança na conduta alheia, maior tenderá a ser o nível de integração econômica, de eficiência e desenvolvimento. Cabem às instituições, portanto, a tarefa de reduzir a insegurança e promover a confiança²⁴⁷.

Nessa linha, afirma Menezes Cordeiro que o Direito, pois, confere eficácia jurídica a determinadas situações de confiança, classificando a dogmática, num primeiro plano, a distinção entre previsões de confiança objeto de disposição específica (dispositivos a propósito da boa-fé subjetiva) e as que provenham de institutos gerais, informados por conceitos indeterminados (aplicações da boa-fé objetiva)²⁴⁸. Assim, as “situações de confiança tuteladas, de forma explícita, por disposições legais a tanto dirigidas, constituem um reduto seguro onde o princípio em análise teria acolhimento”²⁴⁹.

Miguel Reale, por outro lado, qualifica a confiança como um valor dotado de realizabilidade, um ‘bem cultural’, de forma que em cada ordenamento a confiança encontra particular e concreta eficácia jurídica como *fundamento de um conjunto de princípios e regras*²⁵⁰.

A confiança, sob o ponto de vista jurídico, assim, é considerada em diversas situações, seja como princípio, situação de fato ou valor.

O valor confiança é um dos pilares centrais de todo o direito, pois só existe a possibilidade de convivência social se o valor confiança está presente. Nesse

²⁴⁶ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança: elementos formadores do princípio da confiança e seus efeitos. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: RT, nº 12, p. 169-225, outubro-dezembro 2002. p. 173-175.

²⁴⁷ MARTINS-COSTA, Judith. Princípio da confiança legítima e princípio da boa-fé objetiva. Termo de compromisso de cessação (TCC) ajustado com o CADE. Critérios de interpretação contratual: os “sistemas de referência extracontratuais” (“circunstâncias do caso”) e sua função no quadro semântico da conduta devida. Princípio da unidade ou coerência hermenêutica e “usos do tráfego” adimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, volume 852, outubro de 2006. p. 96.

²⁴⁸ CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 1244.

²⁴⁹ CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 1245.

²⁵⁰ Apud MARTINS-COSTA, Judith. Princípio da confiança legítima e princípio da boa-fé objetiva. Termo de compromisso de cessação (TCC) ajustado com o CADE. Critérios de interpretação contratual: os “sistemas de referência extracontratuais” (“circunstâncias do caso”) e sua função no quadro semântico da conduta devida.

sentido, veja-se que a Constituição Federal, ao admitir excepcionalmente a possibilidade de prisão civil do depositário infiel, alçou o valor confiança acima da própria liberdade.

De acordo com M. Cordeiro há se que apreender o fenômeno da confiança nas suas manifestações concretas, para a determinação de pressupostos e das conseqüências, assim como da sua extensão, o que requer uma construção no plano do sistema, chegando-se a níveis justificativos e explicativos mais profundos, podendo-se afirmar, desde já, ser a confiança um dos fatores materiais da boa-fé. A proteção da confiança surge, ao lado da materialidade, na lógica interna da boa-fé, numa posição de certa assimetria²⁵¹.

Destaca citado autor, ainda, que da diversidade de situações de confiança tuteladas, se considerados globalmente os dispositivos a ela consagrados, descobre-se três elementos como necessários à sua proteção (boa-fé subjetiva): 1. uma situação de confiança conforme com o sistema e traduzida na boa-fé subjetiva e ética, própria da pessoa que, sem violar os deveres de cuidado e de indagação que ao caso caibam, ignore estar a lesar posições alheias; 2. uma justificação para essa confiança, expressa na presença de elementos objetivos capazes de, em abstrato, provocarem uma crença plausível; 3. um investimento de confiança consistente em, da parte do sujeito, ter havido um assentar efectivo de atividades jurídicas sobre a crença consubstanciada em termos que desaconselhem o seu preterir.

À tutela de situações ao abrigo da boa-fé objetiva, some-se mais um elemento: a imputação da situação de confiança criada ao prejudicado em causa, o qual por ação ou omissão, terá dado azo à entrega do confiante ou ao fator objetivo que a tanto conduziu.

Nessa linha, também realça Gerson Luiz Carlos Branco, que a confiança se refere a um conteúdo descritivo dos bens e situações que mostram como a ciência

Princípio da unidade ou coerência hermenêutica e “usos do tráfego” adimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, volume 852, outubro de 2006. p. 97

²⁵¹ CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 1251

do direito está tratando determinado valor, e não apenas ao conteúdo normativo que decorre da expressão 'confiança'²⁵².

Conclui o autor, afirmando que o sistema protege o valor confiança por meio do direito objetivo e em alguns casos por meio da concessão de direitos subjetivos aos indivíduos, sendo que a tutela genérica do valor confiança não se refere ao fato confiança, mas, sim, ao mecanismo que neutraliza a incerteza das ações individuais, conferindo um mínimo de garantia ao comportamento esperado de outros sujeitos²⁵³.

O fundamento de validade do sistema, dessa forma, reside no processo de decisão sobre o qual é criada a norma que disciplina determinada situação de fato, sendo que a proteção jurídica do valor confiança é realizada de forma indireta, por meio de uma norma e um bem a ser tutelado²⁵⁴.

De fato, não se verifica da doutrina brasileira um amplo tratamento da confiança enquanto princípio, dedicando-se de forma mais expoente a Prof. Cláudia Lima Marques, que nesse aspecto, acentua que: "O princípio da confiança contém um conjunto de normas jurídicas voltadas para a proteção do bem confiança, tendo âmbito de atuação maior que o princípio da boa-fé, mas a boa-fé objetiva atua para tornar concreta a proteção da confiança e, assim, proteger o bem confiança. Desta forma o que a cláusula geral de boa-fé realiza é, no fundo, o *princípio da confiança*"²⁵⁵.

Considerando, assim, os influxos sociais sofridos pela relação contratual desde o *Code Napoleón*, sendo que o modelo de contrato não depende apenas do consenso, mas fundamentalmente das exigências sociais, é que se pode afirmar que o modelo de confiança se concretiza na experiência social, relacionado a fatos e valores.

²⁵² BRANCO, Gerson Luiz Carlos. A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança: elementos formadores do princípio da confiança e seus efeitos. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: RT, nº 12, p. 169-225, outubro-dezembro 2002. p. 182.

²⁵³ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança: elementos formadores do princípio da confiança e seus efeitos. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: RT, nº 12, p. 169-225, outubro-dezembro 2002. p. 182.

²⁵⁴ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança: elementos formadores do princípio da confiança e seus efeitos. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: RT, nº 12, p. 169-225, outubro-dezembro 2002. p. 182. p. 183.

Desta forma o próprio conceito de direito subjetivo é modificado para *valor individual in concreto*, sendo superada a separação absoluta entre deveres assumidos por atos de vontade e aqueles determinados pelo ordenamento, havendo uma atribuição de efeitos sobre a conduta das partes ainda que não haja regulamentação voluntária.

Do exposto resulta que o modelo de confiança é dirigido para a proteção das expectativas recíprocas e legítimas, eis que defraudada a pessoa na sua confiança, esta se estende para o aspecto moral, afetando a estabilidade social que há de ser protegida, em último grau, pelo Direito, a fim de fortificar as instituições.

6.3 – Evolução Da Teoria Contratual : Do Voluntarismo À Confiança

Os contratos, que há muito tempo fazem parte da vida do homem, passaram por diversas modificações, mas sempre mantiveram-se como o principal instrumento de relação social. O Direito Romano já tratava dos contratos. No início, de maneira bastante formalista, entretanto, com o decorrer do tempo, formas menos solenes foram admitidas para sua formação.

Assim, para a compreensão da definição da relação contratual, os estudiosos do Direito apontaram dois aspectos que o informam, quais sejam, aspecto subjetivo: o qual identifica o ato decisório da parte, mais precisamente, como acordo decorrente da manifestação de vontade. Esse elemento subjetivo está diretamente relacionado com a vontade do sujeito. Já o aspecto objetivo refere-se ao auto-regulamento, em que as partes devem colocar as disposições e regras no acordo.

A fim de tentar explicar e fundar os sistemas de direito positivo, duas grandes teorias surgiram.

Pela teoria da vontade, tal como acentuado no início do presente trabalho, a o contrato era concebido em razão da intenção pessoal da parte. Referida teoria remonta a Savigny, e de acordo com esta, a essência do contrato (de maneira

²⁵⁵ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança: elementos formadores do princípio da confiança e seus efeitos. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: RT, nº

geral, do negócio jurídico) reside na vontade criadora das partes, de forma que, quando houver divergência entre a vontade interna e a declarada, não há produção de efeitos, sendo que, nestes casos, o negócio seria 'um corpo sem alma'²⁵⁶.

Por outro lado, a teoria da declaração, também desenvolvida na Alemanha do século XIX, admitia a essência do contrato na declaração externada, sendo excepcionais os casos em que o direito valoriza a vontade interna.

Ambas desencadearam sistemas diversos, que foram, contudo, alvo de críticas por não explicar algumas situações, tais como, a voluntarista não pode explicar a validade do negócio realizado sob reserva mental ou erro inescusável, p. ex.²⁵⁷.

Sobrevém, assim, a mitigação da teoria da vontade pela teoria da responsabilidade, iniciada por Jhering e desenvolvida por Windscheid por meio da qual o negócio sem vontade interna será válido quando se possa atribuir culpa à parte pela declaração viciada, ou seja, quando houver divergência entre declaração e vontade, se decorrer de dolo ou culpa de um declarante, este deve responder pelo que declarou, como se houvesse realmente também desejado²⁵⁸.

Desenvolve-se por Manigk, ainda, a teoria da confiança, que abranda, por sua vez a teoria da declaração, sendo que, para esta, quando faltar a vontade interna, ou esta divergir da declarada, o negócio jurídico será em princípio válido, de acordo com a declaração emitida e, nulo, quando o declaratório conhecia ou devia conhecer, se agisse com diligência, a verdadeira vontade do declarante.

Não obstante as críticas apontadas a estas teorias, das quais, dentre nós, Antônio Junqueira Azevedo se revela notável expoente, o mais importante defeito, porém, da teoria da declaração é que da mesma forma que a teoria da vontade, negligencia o papel econômico e social do contrato²⁵⁹.

12, p. 169-225, outubro-dezembro 2002. p. 184.

²⁵⁶ NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual)**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1994. p. 86.

²⁵⁷ LOTUFO, Renan. **Curso Avançado de Direito Civil: volume 1: parte geral**. (coord. Everaldo Augusto Cambler); 2ªed. revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 223-224.

²⁵⁸ LOTUFO, Renan. **Curso Avançado de Direito Civil: volume 1: parte geral**. (coord. Everaldo Augusto Cambler); 2ªed. revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 223-224.

²⁵⁹ NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual)**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1994. p. 88.

Desta forma, surge a teoria preceptiva, tendo referida concepção sido originada na Itália e sistematizada por Emílio Betti, sendo que, segundo a mesma, o contrato constitui um *comando*, ou *preceito* que, embora privado, é como tal reconhecido pelo ordenamento jurídico, analisando a teoria a realidade social e a função econômico social do contrato. Ou seja, a partir da auto-responsabilidade, desenvolve-se uma formulação sobre a teoria da declaração, no sentido de que “existirá responsabilidade só se a pessoa tem consciência da transcendência social de sua própria atitude e assim podia conhecer a significação objetiva que se lhe atribui no âmbito social em que ele atua”²⁶⁰.

De modo mais claro, a declaração passa a ser admitida como preceito, pois fixa uma norma concreta.

Vistos do plano econômico-social os contratos onerosos assumem maior destaque, porque visam a produção e circulação de bens, bem como a realização de serviços, sendo, assim, essenciais, ao passo que, os contratos gratuitos, são desprovidos de tal relevo, pelo que a ordem jurídica confere maior força vinculativa aos primeiros.

Ora, o direito deve assegurar a segurança das transações para a tutela das expectativas legítimas do credor, impedindo, de outro lado, que recaiam sobre o aparente obrigado riscos fora de seu controle.

Betti, assim, reconhece dois aspectos da tutela do negócio jurídico: quanto ao declaratório, afirmava a ‘exigência social de recognoscibilidade’, em ‘valor social da aparência’, para a ‘tutela da correspondente confiança’; quanto ao declarante, referia o problema da auto-responsabilidade.

Estas características já eram realçadas pelas teorias da confiança e auto responsabilidade, sendo que, denominadas de princípios por E. Betti, o primeiro, aponta que a segurança das transações exige a tutela da confiança do ‘declarações não queridas’, com o conteúdo e significado preceptivo que adquirem no ambiente

²⁶⁰ LOTUFO, Renan. **Curso Avançado de Direito Civil: volume 1: parte geral.** (coord. Everaldo Augusto Cambler); 2ªed. revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 224.

social, desde que esse conteúdo possa referir-se, por outro modo, a quem as emitiu²⁶¹.

Disso resulta, conforme Fernando Noronha que, ninguém poderá ser responsabilizado quando não lhe seja imputável a situação objetiva criada, quando lhe seja absolutamente estranho o fato objetivo que fez nascer a confiança do declaratório.

Com apoio em Massimo Bianca, aduz ainda, que o princípio da auto-responsabilidade tem o seu fundamento no princípio da confiança, ou seja, 'na exigência de tutela da confiança do destinatário', a qual supera a exigência de tutela do declarante porque a relevância, em relação a terceiros, das deficiências ocultas da declaração prejudicaria a certeza do comércio jurídico²⁶².

Conclui Massimo Bianca que o princípio da autonomia privada é integrado pelo princípio da auto-responsabilidade, o qual encontra a sua justificação e o seu limite na exigência de tutela da confiança.

Portanto, à luz do quanto exposto, pode-se afirmar, que o contrato não se limita à liberdade contratual, no sentido da autonomia privada, devendo, seguir outros valores, especialmente o da justiça contratual e boa-fé.

Surge, assim, paulatinamente, uma nova teoria para nortear as relações contratuais. Trata-se da teoria do negócio jurídico, fundada na confiança entre as partes, na qual, o contrato é o principal instrumento.

Adequada para nosso estudo, a definição de negócio jurídico formulada por Antônio Junqueira de Azevedo, segundo o autor: "In concreto, negócio jurídico é todo fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pela norma jurídica que sobre ele incide"²⁶³.

²⁶¹ NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual)**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1994. p. 92.

²⁶² NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual)**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1994. p. 93.

²⁶³ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico - Existência, Validade e Eficácia**. 4ª ed., 5ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 20.

A teoria do negócio jurídico não despreza a vontade das partes na formação do contrato, mas se caracteriza por **exigir a confiança entre as partes na relação contratual** e a permanente busca por um equilíbrio do contrato, uma vez que a liberdade e a igualdade pregadas pela Revolução Francesa e também com base da teoria da vontade, eram meramente formais.

Desta forma, a tutela pelo Estado do princípio da autonomia privada, ou seja, da liberdade contratual das partes, que dá caráter vinculante ao contrato e permite que as partes possam se auto-regular, abarca também a confiança que deve pautar a relação contratual, uma vez que a sua quebra gera efeitos negativos, afetando diretamente a paz social, sendo a confiança socialmente relevante.

É importante consignar que a intervenção estatal, tal qual como passou a existir, com uma atuação direta e não apenas de apoio, não vem afastar a autonomia da vontade privada, ela continua existindo e ainda é o que perfaz o contrato. O Estado apenas delimita uma área de abrangência dentro do qual a vontade pode ser exercida para, com isso, preservar certos valores fundamentais.

Portanto, mais importante do que a regra ética de cumprir ‘a palavra dada’ é a necessidade social de se assegurar a observância do quanto assumido.

Tal como afirma Fernando Noronha o valor principal a considerar é o da segurança jurídica, que é tutelado em atenção à confiança do declaratário, ou boa-fé, sendo que a justiça contratual atua quando a aparente obrigação for absolutamente estranha ao obrigado²⁶⁴.

A vinculatividade dos contratos tem fundamento, assim, na realização da finalidade social dos contratos, por meio da imposição do respeito pela fé criada na outra parte.

Problema que resulta é em que medida proteger a expectativa e a confiança do promissário.

Para Judith Martins-Costa distinguem-se, pois os princípios da boa-fé e da confiança: ‘aquela, a boa-fé, liga-se, primariamente, ao *dever geral de cooperação*,

²⁶⁴ NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual)**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1994. p. 94.

impondo, para tal fim, pautas de correção, lealdade, probidade e consideração aos interesses legítimos do parceiro (*civiliter agere*); esta, a confiança, prende-se, primariamente, à *geração de expectativas legítimas* cuja manutenção pode constituir um dever jurídico (dever de manter a confiança suscitada) e cuja frustração pode ocasionar responsabilidade por danos (responsabilidade pela confiança)²⁶⁵.

Os deveres de consideração nascem com o *contato social* existente entre as partes e destinam-se a proteger a confiança destas de que a relação se desenvolverá de acordo com os padrões de honestidade e lealdade exigidos pela boa-fé objetiva. O fato dos deveres de consideração surgirem com o contato deve ser destacado, especialmente quando se trata de negociações, para afastar a idéia de que esses deveres só nasceriam a partir do momento em que surgisse uma *relação de confiança entre as partes*, que por vezes só nasce num estágio avançado das conversações. Ao contrário, o dever das partes observarem os ditames da boa-fé objetiva independe dessa confiança e nasce precisamente no momento em que estas atingem uma proximidade negocial, ou seja, quando as negociações se iniciam.

Larenz aponta a importância da distinção entre referidas situações ao observar que "o fundamento jurídico dos deveres especiais nos contatos pré-contratuais e negociais foi visto inicialmente na relação de confiança surgida entre as partes. Os deveres de consideração, resultantes de contatos pré-contratuais e negociais, podem, todavia, existir também sem uma concreta confiança (...). Para os deveres de consideração *decisivo é o estreito contato* que se precisa manter necessariamente com o outro na preparação de contatos negociais (...). A relação jurídica oriunda das negociações contratuais e de contatos negociais não pressupõe, por isso, nenhuma confiança" Portanto, iniciando as negociações, surgem para as partes envolvidas a necessidade de observar os deveres decorrentes da boa-fé objetiva, em outras palavras, o momento exato do surgimento desses deveres dá-se com o estabelecimento do contato entre as partes.²⁶⁶

²⁶⁵ MARTINS-COSTA, Judith. Princípio da confiança legítima e princípio da boa-fé objetiva. Termo de compromisso de cessação (TCC) ajustado com o CADE. Critérios de interpretação contratual: os "sistemas de referência extracontratuais" ("circunstâncias do caso") e sua função no quadro semântico da conduta devida. Princípio da unidade ou coerência hermenêutica e "usos do tráfego" adimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, volume 852, outubro de 2006. p. 98.

²⁶⁶ FRITZ, Karina Nunes. A boa-fé objetiva e a sua incidência na fase negocial. P. 201-237. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: RT, nº 29, jan-mar 2007.p. 222-223.

6.4 - A Validade Do Ato Comunicacional Para O Estabelecimento Da Relação De Confiança E A Consequente 'Expectativa Legítima'

Tal como acima explicitado, a confiança se mostra como fundamento de segurança das relações sociais, razão pela qual cada ordenamento concretiza sua eficácia em um conjunto de princípios e regras, pois a proteção da confiança indica que “o indivíduo deve poder evoluir num meio jurídico estável e previsível, relativamente ao qual ele deve poder dirigir a sua confiança”²⁶⁷.

A confiança, assim, é vista de uma forma qualificada, ou, legítima, denominada também de ‘expectativa legítima’, o que confere objetividade ao princípio, afastando-o de especulações ligadas ao aspecto interno do indivíduo (psicológicas).

Judith Martins-Costa, citando doutrina da jurista francesa Helène Aubry, afirma que o termo ‘legítima’ aplica-se a todo ato, conduta, palavra ou comportamento ou omissão relativamente às quais o sujeito é considerado como estando ‘em bom direito’, cabendo aos juízes determinar o que é ou não conforme o ‘bom direito’ *segundo os elementos circunstanciais e contextuais*.

Isso porque, como exposto no tópico precedente, a declaração antes, era vista de modo autônomo, com um sentido objetivo e geral, que não se coaduna com as necessidades sociais que reclamam proteção, motivo pelo qual passou a ser conferida à declaração negocial um valor autônomo, atrelado aquele que o declaratório podia retirar da declaração, segundo os usos e as circunstâncias do caso, segundo padrões de razoabilidade, tal como afirma Paulo Mota Pinto em obra específica sobre o tema²⁶⁸. Para Gerson Branco, quando se fala de expectativa, a questão é de fato. Porém, quando há uma expectativa, qualificada por uma norma

²⁶⁷ MARTINS-COSTA, Judith. Princípio da confiança legítima e principio da boa-fé objetiva. Termo de compromisso de cessação (TCC) ajustado com o CADE. Critérios de interpretação contratual: os “sistemas de referência extracontratuais” (“circunstâncias do caso”) e sua função no quadro semântico da conduta devida. Princípio da unidade ou coerência hermenêutica e “usos do tráfego” adimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, volume 852, outubro de 2006. p. 97.

²⁶⁸ MARTINS-COSTA, Judith. Princípio da confiança legítima e principio da boa-fé objetiva. Termo de compromisso de cessação (TCC) ajustado com o CADE. Critérios de interpretação contratual: os “sistemas de referência extracontratuais” (“circunstâncias do caso”) e sua função no quadro semântico da conduta devida. Princípio da unidade ou coerência hermenêutica e “usos do tráfego” adimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, volume 852, outubro de 2006. p. 98.

ou princípio tutelando dita situação, o resultado é uma relação jurídica, com direitos e deveres, caracterizando uma expectativa legítima²⁶⁹.

A tutela de referida situação a seu ver, também encontra justificativa na necessidade de preservação de previsibilidade e certezas mínimas, principalmente quando a sociedade é massificada, com padronização e standardização das relações sociais. Acresce-se, ainda, a questão da diferença socio-econômica e cultural entre os indivíduos e a rapidez das informações em razão da globalização.

Para Judith, no plano exclusivamente eficaz a expressão princípio da confiança (legítima), indica o limite ao exercício de direitos e poderes formativos (dimensão negativa) quando violadores de uma confiança legitimamente suscitada e/ou fonte produtora de deveres jurídicos (dimensão positiva), tendo em vista a satisfação das legítimas expectativas criadas, no alter, pela própria conduta²⁷⁰.

Portanto, a questão que se coloca é a de se averiguar os elementos que contribuem para a formação de referido direito subjetivo para o declaratório, razão pela qual necessário se faz a análise da declaração a partir do contato social.

Larenz ao analisar a manifestação de vontade, acentuou que: “los negocios jurídicos, prescindiendo de las actuaciones de voluntad juridico-negociales, contienen esencialmente una declaración de voluntad se trata de manifestaciones que están destinadas para su conocimiento por otras personas y por las cuales el declarante da a conocer que um determinado efecto juridico - o um complejo de efectos jurídicos - debe acaecer y tener vigencia conforme su voluntad. ... La declaración de voluntad presupone em primer término, como <<acto>> o como conducta voluntaria equiparable a aquél, um hacer u omitir controlables por la voluntad”²⁷¹.

²⁶⁹ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança: elementos formadores do princípio da confiança e seus efeitos. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: RT, n° 12, p. 169-225, outubro-dezembro 2002. p. 178.

²⁷⁰ MARTINS-COSTA, Judith. Princípio da confiança legítima e principio da boa-fé objetiva. Termo de compromisso de cessação (TCC) ajustado com o CADE. Critérios de interpretação contratual: os “sistemas de referência extracontratuais” (“circunstâncias do caso”) e sua função no quadro semântico da conduta devida. Princípio da unidade ou coerência hermenêutica e “usos do tráfico” adimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, volume 852, outubro de 2006. p. 97.

²⁷¹ LARENZ, Karl. **Derecho Civil, Parte General**. Madrid: EDERSA, 1978. p. 448.

O ato, assim, pressupõe uma direção consciente da vontade, sendo que os movimentos ou gestos, só podem significar uma declaração de vontade só quando de trata de um fazer dirigido pela vontade e não de um movimento reflexo, meramente maquinal²⁷².

A declaração de vontade de estabelecer relação negocial, tal como assevera Renan Lotufo, é algo siginificante para o direito, pois revela o propósito de efetivamente criar uma nova relação jurídica, à qual o proponente também ficará vinculado²⁷³.

Desta forma, a expressão da vontade, após o processamento interno no indivíduo para sua formação, pode se dar por meio da declaração ou por meio de comportamento.

No entanto para se tornar objetiva, ou seja, dotada de vida própria, deve ser dirigida, necessariamente, a outros.

A linguagem utilizada para a expressão da declaração, muitas vezes pode ocorrer de modo não formal, pelo que poderá ser por meio de palavras faladas ou escritas, gestos, comportamentos e até mesmo o silêncio, todos servindo de manifestação da declaração.

O comportamento não depende da colaboração alheia, pois, uma vez operando a modificação no mundo dos fatos, de forma objetiva e socialmente reconhecível, é apto a produção de efeitos, decorrendo, daí, ser a recognoscibilidade uma qualidade objetiva do ato.

Judith Martins-Costa, na mesma linha, já assentou que, se consolidou progressivamente a convicção segundo a qual de nada importa o modo pelo qual se exterioriza a vontade humana, pois o essencial é observar a *mudança que é conferida ao seu relevo pelo ordenamento jurídico*²⁷⁴.

²⁷² LARENZ, Karl. **Derecho Civil, Parte General**. Madrid: EDERSA, 1978. p. 449.

²⁷³ LOTUFO, Renan. **Curso Avançado de Direito Civil: volume 1: parte geral**. (coord. Everaldo Augusto Cambler); 2ªed. revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 222

²⁷⁴ Martins-Costa, revista dir consumidor n° 3, p. 133

Portanto, a declaração de vontade vincula quem a emite em razão do seu significado objetivo, carreando ao sujeito, ainda, o risco decorrente da possibilidade de transmissão não exata²⁷⁵.

Quanto ao comportamento, este só vincula desde que seja conforme a intenção efetiva admitida pelo direito.

Necessário destacar, por ora, a fim de se aclarar o momento de formação do direito subjetivo quanto à expectativa legítima, as fases pelas quais perpassa a vontade, depois de expressada.

Segue-se, assim, a emissão da declaração, que pode ocorrer em momento diverso, e não concomitante ao da expressão, sendo no primeiro caso mediata e no segundo imediata.

O decorrer do tempo, a seu turno, terá influência na validade da declaração, dependendo da recepção, imediata ou não, pelo destinatário.

Relevo assumem, nesse sentido, as declarações receptícias, ou seja, emitidas a um destinatário determinado, para a aferição da sua eficácia.

Considerando-se o negócio jurídico bilateral, além da expressão (plano da existência), da emissão (validade) e da recepção (eficácia), há de haver a aceitação da declaração para ser ter a vinculação do contrato, conforme leciona Renan Lotufo²⁷⁶.

Orlando Gomes, da mesma forma, ao discorrer sobre os pressupostos e requisitos do contrato, afirma que a *comunicação* é condição necessária à formação do consentimento, pertencendo a proposta e a aceitação à categoria das *declarações receptícias* ou *recipiendas da vontade*²⁷⁷.

Disso resulta que, para o surgimento da expectativa legítima, necessário é que se atinja o estabelecimento pleno da comunicação entre emitente / declarante e

²⁷⁵ LOTUFO, Renan. **Curso Avançado de Direito Civil: volume 1: parte geral.** (coord. Everaldo Augusto Cambler); 2ªed. revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 226.

²⁷⁶ LOTUFO, Renan. **Curso Avançado de Direito Civil: volume 1: parte geral.** (coord. Everaldo Augusto Cambler); 2ªed. revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 228.

²⁷⁷ GOMES, Orlando. **Contratos.** 25ª ed. Rio de Janeiro: Editora forense, 2002. p. 48-49.

receptor / declaratário, ou seja, que a declaração seja emitida pelo declarante e recepcionada pelo declaratário a fim de que se atinja o âmbito de eficácia.

Tal como aduz Gregório Robles, a mensagem é um tipo específico de signo: é dirigida por seu emissor ao destinatário com a finalidade de que este capte seu sentido, e assim se estabeleça uma comunhão de ação entre ambos²⁷⁸.

Portanto, é a partir da comunicação social, com a recepção pelo destinatário da declaração emitida pelo declarante, que nasce a expectativa legítima no primeiro, no sentido de que este confia que o comportamento pelo outro assumido será de acordo com o quanto declarado, seguindo, ainda, os deveres de retidão e lealdade.

Questiona Larenz, contudo, se no caso de não correspondência entre o conteúdo da declaração emitida pelo declarante e a recebida pelo destinatário qual significado é determinante para o Direito? Larenz afirma que "en este contexto aparece la *doble función* de la declaración de voluntad. De una parte es, como *acto determinante*, um medio de autodeterminación, uma realización de la voluntad del declarante dirigida a producir um efecto jurídico. Pero al propio tiempo es, como um acto de *comunicación social*, interpersonal. Como tal guarda, asimismo, relación con aquel a quien se dirige"²⁷⁹.

Afirma, ainda, que a resposta se infere da idéia de *responsabilidade do declarante* pelo significado de sua declaração, a qual lhe é imputável²⁸⁰.

²⁷⁸ ROBLES, Gregório. **O direito como texto. Quatro estudos de teoria comunicacional do direito.** São Paulo: Manole, 2005. p. 79.

²⁷⁹ LARENZ, Karl. **Derecho Civil, Parte General.** Madrid: EDERSA, 1978. p. 451. Afirma ainda o autor que: "El imperativo de no defraudar la confianza dispensada y exigida halla su expresión en el Código civil en la exigencia de observar la <<buena fe>>(art. 242). La jurisprudencia y la doctrina científica han extendido la aplicación de este principio mucho más allá del ámbito para el que está expresado en el Código. Es válido no sólo para obligaciones ya contraídas, sino también en la fase de negociaciones contractuales iniciales, así como en relaciones jurídicas especiales de todo tipo. Cada participante está obligado a tratar sus legítimas esperanzas, suministrarle las informaciones precisas, conducirse lealmente. Es ilícito el ejercicio de um derecho cuando infringe la <<buena fe>>, debido, por ejemplo, a que se contraponen a la legítima expectativa de la otra parte. ... Em segundo término, el principio de la buena fe domina en el tráfico jurídico-negocial. Se puede confiar en afirmaciones que se han hecho de forma jurídicamente obligatoria. En la interpretación de las llamadas <<declaraciones de voluntad recepticias>> tiene relevancia el alcance intelectual de aquel a quien se dirige la declaración. Há de poder confiar em el significado de la declaración comprensible para él y comprendido por él segun la situación de hecho. Si el declarante no quiere dar por inválido dicho significado, debido a que há pensado de outra forma em su declaración, puede ciertamente desligarse de ésta, pero há de reparar luego al destinatario según el interés negativo"(LARENZ, Karl. Derecho civil, parte general. Madrid: EDERSA, 1978. p. 59-60).

²⁸⁰ LARENZ, Karl. **Derecho Civil, Parte General.** Madrid: EDERSA, 1978. p 452: "La repuesta se infere de la idea de responsabilidad del declarante por el significado de su declaración, el cual le es imputable. Dado que en el ambito de lo social no existen ectos sin responsabilidad, quien hace una manifestación de validez frente a

Ainda, quanto à interpretação das declarações receptícias, afirma Larenz que de modo unânime doutrina e jurisprudência reconhecem que esta há de efetuar-se em consideração às possibilidades de compreensão do destinatário, o qual, dentro dos limites da diligência devida, há de tratar de conhecer o significado dado pelo declarante. Se a declaração for suscetível de várias interpretações, é ineficaz por carecer de suficiente precisão²⁸¹.

Por derradeiro, importante a observação de Orlando Gomes, no sentido de que “nos contratos há sempre interesses opostos das partes contratantes, mas sua harmonização constitui o objetivo mesmo da relação contratual. Assim, há uma imposição ética que domina toda a matéria contratual, vedando o emprego da astúcia e da deslealdade e impondo observância da boa-fé e lealdade, tanto na manifestação de vontade (criação do negócio jurídico), como principalmente, na interpretação e execução do contrato”²⁸².

Do exposto, pode-se concluir que a proteção da confiança, não obstante se manifeste em vários aspectos do ordenamento jurídico, no que toca à expectativa legítima, se concretiza em razão da necessidade de se atribuir segurança às relações jurídicas, dado que deve haver entre os possíveis contratantes um mínimo de credibilidade para que os negócios encontrem ambiente propício para se efetivarem.

Isto porque, tal como afirma Larenz, uma sociedade em que cada um desconfiar de outro se assemelharia a um estado de guerra latente entre todos, e em lugar da paz dominaria a discórdia. E onde se há perdido a confiança, a comunicação humana estará perturbada da forma mais profunda²⁸³.

outro es responsable de los medios de expresión por él elegidos. Le incumbe el deber de elegirlos de forma que es destinatario, en tanto que preste la atención debida, los entienda en el sentido dado por el declarante. Si éste se expresa defectuosamente, y por ello el destinatario le entiende em sentido distinto del dado por el declarante, éste há de hacer valer por lo pronto la declaración en el sentido en que había de entenderse”.

²⁸¹ LARENZ, Karl. **Derecho civil, parte general**. P. 457. Tradução livre da autora. No original: “*actualmente se reconoce de modo unánime por la doctrina científica y por la jurisprudencia que la interpretación de las declaraciones recepticias há de efectuarse em consideración a las posibilidades de comprensión del destinatario de la declaración. Este por su parte, y dentro de los limites de la diligencia debida, há de tratar de conocer el significado dado por el declarante. Si, después de esto, la declaración es aún susceptible de varias interpretaciones, es ineficaz por carecer de la suficiente precisión.*”

²⁸² GOMES, Orlando. **Contratos**. 25ª ed. Rio de Janeiro: Editora forense, 2002. p. 42.

²⁸³ LARENZ, Karl. **Derecho Civil, Parte General**. Madrid: EDERSA, 1978. p. 59. Tradução livre. No original: “*Una sociedad en la que cada uno desconfiara del outro se asemejaría a un estado de guerra latente entre todos, y em lugar de la paz dominaría la discordia. Allí donde se há perdido la confianza, la comunicación humana está perturbada em lo más profundo*”.

7 – CONSEQUÊNCIAS DA QUEBRA DA CONFIANÇA

7.1 – Considerações Gerais

Um breve olhar sobre as concepções adotadas no século XIX aponta que o princípio da autonomia privada e o conceito de *pacta sunt servanda* que era seu corolário, por privilegiarem o voluntarismo jurídico, reservavam pouco espaço para a atuação da boa-fé objetiva.

Atualmente, com escopo de atender às situações sociais da modernidade, em contraposição à prevalência da vontade, sobressai uma concepção objetiva da relação contratual e, em decorrência, da obrigacional, devendo ser consideradas, assim, em todas as fases da relação contratual, as circunstâncias que envolvem o dinamismo das atuais relações, e, principalmente, a diversidade das condições economico-sociais das pessoas envolvidas.

A proteção dos interesses, portanto, terá como foco a valorização da confiança, as expectativas geradas na contraparte e a boa-fé decorrente do vínculo, pelo que o intervencionismo na relação contratual, relativizando o antigo dogma da autonomia da vontade, será cada vez mais necessário, tendo em vista os reflexos sociais das relações contratuais.

A violação dos deveres ditos secundários, ou seja, relativos à conduta ímproba que defraude a confiança, pode ensejar a responsabilização por existir uma relação obrigacional, independentemente do contrato, a qual se está fundada na boa-fé objetiva, que, por sua vez, atua desde as negociações até depois de cumprido o contrato.

Isto porque, tal como afirma Ruy Rosado, o contato social é categoria das 'relações contratuais de fato', cuja significação jurídica advém não propriamente da vontade, mas da simples conduta social típica²⁸⁴.

Desta forma, se passará a se analisar nos tópicos seguintes, os efeitos que emanam da violação do princípio da boa-fé, nas fases que envolvem a relação

²⁸⁴ AGUIAR JR., Ruy Rosado. **Extinção Dos Contratos Por Incumprimento Do Devedor**. 2ª ed. Rio de Janeiro: AIDE, 2003. p. 251.

contratual, fazendo-se uma análise, ainda, de como a jurisprudência vem se posicionado em questões como tais.

7.2 – Efeitos Decorrentes Da Não Observância Do Dever De Boa-Fé Na Fase Pré-Contratual

No que toca à fase pré-contratual, assevera Antonio Junqueira Azevedo que a mesma deve ser decomposta em duas fases menores, quais sejam, negociações e oferta, sendo que, a seu ver, o pensamento, infelizmente, ainda muito difundido, de que somente a vontade das partes conduz o processo contratual, deve ser definitivamente afastado. É preciso que, na fase pré-contratual, os candidatos a contraentes ajam, nas negociações preliminares e na declaração da oferta, com lealdade recíproca, dando as informações necessárias, evitando criar expectativas que sabem destinadas ao fracasso, impedindo a revelação de dados obtidos em confiança, não realizando rupturas abruptas e inesperadas das conversações, etc.²⁸⁵.

A responsabilidade pré-contratual, resultante de prejuízos causados na primeira fase do processo contratual, embora resulte de ato ilícito, provem de descumprimento de dever específico imposto pela norma da boa-fé; por isso obedece às regras da responsabilidade contratual, antes que da responsabilidade extracontratual.

A infringência dos deveres secundários relativos à boa-fé na fase pré-contratual ou mesmo a frustração da expectativa legítima, na verdade, pode afetar a própria validade da relação a ser formada.

Isto porque, na linha do que preconiza Ruy Rosado, "durante as tratativas preliminares, o princípio da boa-fé é fonte de deveres de esclarecimento, situação que surge seguidamente quando uma das partes dispõe de superioridade de informações ou de conhecimentos técnicos, que devem ser repassados amplamente

²⁸⁵ AZEVEDO, Antonio Junqueira. Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum. In: **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: RT, nº 18, abril-junho 1996. p. 31

e de forma compreensível à contraparte, para que esta possa decidir com suficiente esclarecimento de causa"²⁸⁶.

Ora, a violação de referidos deveres secundários antes da celebração do contrato, a par de poder ensejar a responsabilização por eventuais danos sofridos, pode afetar, dependendo da sua gravidade, a própria validade o vínculo.

Isto porque, a quebra da confiança afeta diretamente a vontade, viciando-a. daí porque não há como se atribuir validade a um vínculo cujo cumprimento de obrigações certamente será frustrado.

Nesse sentido, necessária a distinção entre confiança e crença destacada por Luhmann e citada por Anthony Giddens, no sentido de que "quando se trata de confiança, o indivíduo considera conscientemente as alternativas para seguir um curso específico de ação ... um indivíduo que não considera alternativas está numa situação de crença, enquanto alguém que reconhece essas alternativas e tenta calcular os riscos assim reconhecidos, engaja-se em confiança"²⁸⁷.

Portanto, a defraudação da confiança na fase de aproximação que antecede a contratação deve ser livre e conscientemente sopesada pela parte que se viu lesada, podendo afetar, dependendo da sua gravidade, a própria vontade de contratar e, assim, a validade da relação, pois "o princípio da boa-fé impõe aos contratantes o dever de agir de modo a assegurar à contraparte a realização das legítimas expectativas derivadas do contrato"²⁸⁸.

Nesse sentido, inclusive, aponta a jurisprudência, sendo relevante a citação de julgado proferido pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que no julgamento da Apelação Cível nº 00.009522-2, analisou a ausência de oferecimento de informações necessárias para a parte e asseverou que: "E a razão de ser do princípio é simples. Para que a declaração da parte possa vinculá-la, é necessário que tenha sido prestada com o mínimo de autonomia. O comprador do veículo, se estivesse bom informado acerca das condições do veículo e das restrições que

²⁸⁶ AGUIAR JR., Ruy Rosado. **Extinção Dos Contratos Por Incumprimento Do Devedor**. 2ª ed. Rio de Janeiro: AIDE, 2003. p. 250.

²⁸⁷ GIDDENS, Anthony. **As Consequências da Modernidade**. São Paulo: Unesp, 1991. p. 39.

²⁸⁸ AGUIAR JR., Ruy Rosado. **Extinção Dos Contratos Por Incumprimento Do Devedor**. 2ª ed. Rio de Janeiro: AIDE, 2003. p. 253.

recaiam sobre ele, talvez tivesse optado por não concluir o negócio, ou até mesmo barganhado no preço. Assim, pode-se enunciar que, se em virtude da ausência de informações ou de sua falsidade, a parte declara-se obrigada a algo, é evidente que não se pode considerá-la autônoma nesse ato. Em decorrência, não se lhe pode impingir o ônus de suportar as consequências da declaração”²⁸⁹.

Ora, se assim é, a quebra da confiança antes mesmo de ser celebrado o contrato, afeta a validade da relação, de modo que a parte afetada em sua confiança não pode esperar o normal desenvolvimento da relação, com o cumprimento de obrigações que virão a ser assumidas, remanescendo, no entanto, em caso de prejuízo, a possibilidade de reclamação.

7.3 – A Quebra Da Confiança No Decorrer Da Relação Contratual

Após estabelecida a relação contratual, mediante requisitos de existência e validade, para a extinção do vínculo, surge para a parte a possibilidade de resolução, que é, como aduz Ruy Rosado de Aguiar Jr., um modo de extinção do contrato, decorrente do exercício do direito formativo do credor diante do incumprimento do devedor, que incide sobre todos os contratos bilaterais, independentemente de previsão contratual, a teor do disposto no art. 475 do Código Civil, autorizando o credor a pedir em juízo a resolução do contrato não cumprido²⁹⁰.

Portanto, a infringência dos deveres acessórios decorrentes da boa-fé no decorrer da relação contratual não a invalidam, porquanto constituída sob o pilar de requisitos existentes e válidos, afetando, contudo a eficácia da relação.

Como enfatizado por Ruy Rosado, o princípio da boa-fé objetiva é critério decisivo para julgar a extinção da relação e orientar o juiz na determinação dos danos e na solução dos problemas surgidos com a necessidade de restituição das partes à situação anterior.

²⁸⁹ TJ/SC - Apelação Cível nº 00.009522-2, julgamento em 29.03.01, Des. Rel. Pedro Manoel de Abreu.

²⁹⁰ AGUIAR JR., Ruy Rosado. **Extinção Dos Contratos Por Incumprimento Do Devedor**. 2ª ed. Rio de Janeiro: AIDE, 2003. p. 12.

Ainda, além de fundamentar a extinção, a incidência do princípio da boa-fé atua como verdadeiro limitador de referido direito, quando este representa o abuso no exercício de uma posição jurídica que possa causar prejuízo ao devedor, sem a correspondente vantagem ao credor, como nos casos de adimplemento substancial.

Nesse sentido verifica-se o entendimento adotado pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 469.577, publicado em 05.05.03, que entendeu pela impossibilidade de apreensão do bem frente à diminuta dívida²⁹¹. Cite-se, ainda, que a mesma orientação de adimplemento substancial foi seguida pela Primeira Turma daquela Corte, no julgamento do Recurso Especial nº 914.087, em que se analisava inadimplemento de contrato administrativo²⁹².

Portanto, como se vê, a quebra da confiança em razão da violação aos deveres inerentes à boa-fé objetiva, podem render ensejo à resolução do contrato, se a parte prejudicada assim o entender, tendo em vista a impossibilidade produção

²⁹¹ STJ – RESP 469.577, Publicado no DJ de 05.05.03, Rel. Min. Ruy Rosado: “*ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. Busca e apreensão. Deferimento liminar. Adimplemento substancial. Não viola a lei a decisão que indefere o pedido liminar de busca e apreensão considerando o pequeno valor da dívida em relação ao valor do bem e o fato de que este é essencial à atividade da devedora. Recurso não conhecido*”.

²⁹² STJ – RESP 914087, publicado no DJ de 29.10.07, Rel Min. José Delgado: “**ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. LICITAÇÃO. INTERPRETAÇÃO DO ART. 87 DA LEI N. 8.666/93.**

1. Acolhimento, em sede de recurso especial, do acórdão de segundo grau assim ementado (fl. 186): DIREITO ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. INADIMPLEMENTO. RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 87, LEI 8.666/93. MANDADO DE SEGURANÇA. RAZOABILIDADE.

1. Cuida-se de mandado de segurança impetrado contra ato de autoridade militar que aplicou a penalidade de suspensão temporária de participação em licitação devido ao atraso no cumprimento da prestação de fornecer os produtos contratados. 2. O art. 87, da Lei nº 8.666/93, não estabelece critérios claros e objetivos acerca das sanções decorrentes do descumprimento do contrato, mas por óbvio existe uma gradação acerca das penalidades previstas nos quatro incisos do dispositivo legal. 3. Na contemporaneidade, os valores e princípios constitucionais relacionados à igualdade substancial, justiça social e solidariedade, fundamentam mudanças de paradigmas antigos em matéria de contrato, inclusive no campo do contrato administrativo que, desse modo, sem perder suas características e atributos do período anterior, passa a ser informado pela noção de boa-fé objetiva, transparência e razoabilidade no campo pré-contratual, durante o contrato e pós-contratual. 4. Assim deve ser analisada a questão referente à possível penalidade aplicada ao contratado pela Administração Pública, e desse modo, o art. 87, da Lei nº 8.666/93, somente pode ser interpretado com base na razoabilidade, adotando, entre outros critérios, a própria gravidade do descumprimento do contrato, a noção de adimplemento substancial, e a proporcionalidade. 5. Apelação e Remessa necessária conhecidas e improvidas.

2. Aplicação do princípio da razoabilidade. Inexistência de demonstração de prejuízo para a Administração pelo atraso na entrega do objeto contratado.

3. Aceitação implícita da Administração Pública ao receber parte da mercadoria com atraso, sem lançar nenhum protesto.

4. Contrato para o fornecimento de 48.000 fogareiros, no valor de R\$ 46.080,00 com entrega prevista em 30 dias. Cumprimento integral do contrato de forma parcelada em 60 e 150 dias, com informação prévia à Administração Pública das dificuldades enfrentadas em face de problemas de mercado.

5. Nenhuma demonstração de insatisfação e de prejuízo por parte da Administração.

6. Recurso especial não-provido, confirmando-se o acórdão que afastou a pena de suspensão temporária de participação em licitação e impedimentos de contratar com o Ministério da Marinha, pelo prazo de 6 (seis) meses.”

de efeitos decorrentes da relação contratual a partir do evento que infringir o dever de conduta decorrente da boa-fé objetiva, assim como limitar o exercício de referido direito, quanto este se mostrar exacerbado, devendo ser sopesadas as circunstâncias e valores envolvidos no caso concreto.

7.4 – Consequências Da Quebra Após A Execução Do Contrato

Conforme assevera Antonio Junqueira Azevedo, aos vários deveres relativos à fase contratual, seguem-se deveres acessórios à obrigação principal - quando a boa-fé serve para interpretar, completar ou corrigir o texto contratual - e até mesmo na fase pós-contratual, a boa-fé também cria deveres, os posteriores ao término do contrato - são os deveres *post pactum finitum* (...) ²⁹³.

Nesse sentido, aduz Ruy Rosado, com apoio na doutrina de Clóvis V. do Couto e Silva, que após cumpridas as obrigações e extinta a relação, ainda assim podem persistir deveres secundários independentes, cujo descumprimento enseja ação de indenização e, excepcionalmente, até a resolução ²⁹⁴.

De fato, como o princípio da boa-fé impõe aos contratantes o dever de agir de modo a assegurar à contraparte a realização das legítimas expectativas derivadas do contrato, é possível exigir-se das partes, para depois do cumprimento da prestação principal, a adoção de uma certa conduta que possa influir diretamente na fruição da posição adquirida pelo contrato ²⁹⁵.

No entanto, a verificação de uma conduta violadora da boa-fé, afetará a questão da eficácia da relação, com a possibilidade de ressarcimento dos danos sofridos ou mesmo da resolução do contrato.

²⁹³ AZEVEDO, Antonio Junqueira. Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum. **Revista Direito Consumidor**. São Paulo: RT, nº 18, abr-jun 1996. p. 25-26.

²⁹⁴ AZEVEDO, Antonio Junqueira. Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum. **Revista Direito Consumidor**. São Paulo: RT, nº 18, abr-jun 1996. p. 25-26.

²⁹⁵ AZEVEDO, Antonio Junqueira. Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum. **Revista Direito Consumidor**. São Paulo: RT, nº 18, abr-jun 1996. p. 25-26.

Assim, observa-se que as partes, hodiernamente, não devem se ater a uma compreensão individualista do contrato, inclusive depois de sua satisfação, o que, em última instância, privilegia o caráter funcional e social do Direito, de forma a pacificar e tornar viável a vida em sociedade, exigindo das partes um dever de conduta íntegro, que privilegie não somente os individuais interesses, mas principalmente, os relativos à contraparte, a fim de que se atinja a satisfação das partes e o contrato alcance seu escopo, de propiciar a circulação de bens e serviços, possibilitando o bem da vida almejado pelos envolvidos.

Conclusão

“O animal humano adquiriu a arte de fazer planos e refrear impulsos. Ele aprendeu a antecipar ou retardar o fluxo das coisas de modo a cooptar o tempo como aliado dos seus desejos e valores: *isto agora* ou *aquilo depois*? Depende, é claro, do tempo de espera e da magnitude e teor do que está em jogo. O exercício incessante dessa faculdade valorativa nas mais diversas dimensões da vida prática fez do homem, como propõe Nietzsche, ‘o animal avaliador’ por excelência; o ser que valora, mede e pondera ...”²⁹⁶.

As considerações de Eduardo Giannetti acima destacadas revelam o constante conflito de escolhas que a humanidade está submetida a todo instante, porquanto inerente à necessária e irrefutável convivência social.

A confiança, desta forma, ao contrário da mera crença passa a ser compreendida especificamente em relação ao risco, ou seja, compreensão de que resultados inesperados podem ser uma consequência de nossas próprias atividades ou decisões, ao invés de exprimirem significados ocultos, atribuídos à natureza ou a vontades divinas.

A confiança, assim, pressupõe consciência das circunstâncias do risco, termo este que, tal como acentua Giddens, passou a existir a partir da era moderna²⁹⁷, e que se faz a cada instante mais presente na vida em sociedade.

De fato, a evolução social desde o medievo até os dias de hoje, era denominada por alguns de pós-modernidade, revela não só a alteração da organização social, assim como a positivação de valores que se consubstanciam em valiosos instrumentos que auxiliam na complexa tarefa de pacificação social.

Ao cabo do presente trabalho, que visou expor aspectos dos princípios da boa-fé e do princípio da confiança na atualidade, pode-se tecer as seguintes conclusões:

²⁹⁶ GIANNETTI, Eduardo. **O valor do amanhã**. São Paulo: Companhia das Letras, 2005. p. 261.

²⁹⁷ GIDDENS, Anthony. **As Consequências da Modernidade**. São Paulo: Unesp, 1991. p. 38.

- a transição da época feudal para a era liberal é marcada pela concepção individualista das relações sociais;

- a Revolução Francesa sob a inspiração do lema "Liberdade, Igualdade e Fraternidade" foi o marco da era moderna, com a consagração política dos direitos do homem, a vitória do direito natural dos homens, em contraste com o vencido absolutismo, uma vez que pôs fim aos privilégios da nobreza, passando o homem a ser o centro da teleologia de poder;

- consagra-se, assim, a noção de direito subjetivo, pois da revolução resultou a autonomia do povo para a regulação de seus interesses, conduzindo o processo de forma a garantir seu domínio social, estabelecendo as bases de uma sociedade burguesa e capitalista, baseada no lucro, acúmulo de riquezas, controle do sistema de produção e expansão dos negócios, fenômeno, este, denominado de capitalismo, cabendo ao Estado apenas a abstenção em relação à propriedade e liberdade individual;

- o aparelho estatal, assim, passava a ter por escopo o alcance, pelo Homem, da realização de seus fins;

- a segurança das relações passa a ser o valor maior ao sistema, de forma assegurar as conquistas da classe burguesa com a Revolução Francesa, o que era medido pela garantia de livre uso da propriedade e liberdade irrestrita de contratação, o que impedia o julgamento e interpretação em caso de conflito fora das hipóteses previstas no *Code*, a constituição dos cidadãos;

- o contrato, nessa medida, era entendido como consenso, isto é, encontro de vontades; o negócio jurídico é declaração de vontade;

- a decadência do modelo liberal teve origem com o nascimento da sociedade de massas, decorrente do processo de industrialização, o que determinou uma maior intervenção estatal para a equação de conflitos sociais, especialmente no que se refere aos contratos, pois como dizia Lacordaire, 'na relação entre fortes e fracos, é a lei que liberta e a liberdade que escraviza';

- a relevância atribuída à vontade das partes para a formação do contrato, não tinha o condão de garantir celeridade nas contratações e atribuir segurança e estabilidade às relações estabelecidas a partir de situações massificadas e impessoais, impondo a objetividade na disciplina contratual; surge, na Alemanha, a denominada teoria da declaração, sob o enfoque totalmente objetivo, encarando o contrato como declaração e não como vontade;

- os elementos éticos e sociais oriundos da industrialização já operada no século XIX, gerando a massificação social, iriam intensificar a aproximação do Estado às questões sociais, passando a intervir no domínio econômico, visando reequilibrar tais descompassos sociais;

- no Brasil a teoria da declaração foi recepcionada pelo Código Civil de 1916, no artigo 90, uma vez que os motivos determinantes para a realização do contrato não conduzem à declaração de invalidade da relação, a menos que assim o tenha sido expressamente previsto pelas partes;

- Após os horrores produzidos pelas duas guerras mundiais, o Estado, imbuído no ideal intervencionista, passa a interferir diretamente nas relações sociais a fim de abrandar desigualdades, mediante subvenções públicas, havendo a preponderância do interesse público sobre o privado, invertendo-se a ideologia liberal;

- Após a promulgação da Constituição Federal de 1988 e em razão da edição de leis especiais, denominadas de microssistemas, surgiu na necessidade de serem analisados os vetores que ordenam a vida social; com a edição do Código Civil em 2002, aprofunda-se o estudo sistemático do direito privado, a fim de haver uma coerência lógica e harmônica do sistema, mantendo o Código Civil a centralidade do ordenamento, eis que destinado a estabelecer as regras básicas das relações privadas;

- paralelamente, passa-se, assim, a repensar o sistema de completude da codificação oriunda do século XIX, imune a referências de cunho sociológico ou axiológico, tal como propunha Hans Kelsen, iniciando-se nas últimas décadas do século XX, a denominada fase pós-positivista, com a hegemonia axiológico-normativa dos princípios;

- os princípios do Direito Positivo, que durante as Codificações do Século XIX atuavam como fontes de mero teor supletivo, como princípios gerais de caráter civilísticos, a partir do Século XX passaram a atuar como fundamentos de todo o ordenamento jurídico, na qualidade de princípios constitucionais;

- reconhece-se atualmente que os princípios no ordenamento possuem as funções fundamentadora, hermenêutica, auxiliando a compreensão e aplicação das demais normas constitucionais e infraconstitucionais, e supletiva, por fim, tem por escopo, na ausência de regras constitucionais específicas, a regulação de comportamentos, possibilitando o desenvolvimento, integração e complementação do direito.

- a atual técnica que vem sendo utilizada pelos códigos, no sentido de veicularem as denominadas cláusulas gerais, previsão esta oposta à técnica da causuística, objetivam a conformação do ordenamento jurídico, propiciando o ingresso de valores situados fora do sistema jurídico que podem ser introduzidos por meio da atuação judicial;

- destacam-se, nesse sentido, os princípios da dignidade da pessoa humana, com a primazia desta em detrimento de valores patrimoniais, não podendo ser reduzida à condição de objeto; o princípio da liberdade, não representa o simples arbítrio, mas deve atentar para a realização de um valor positivo, pois as situações existências exprimem-se não somente em termos de direitos, mas, também, de deveres; seguem-se, ainda, os princípios do solidarismo, por meio do qual o contrato, na sua atual concepção, deve preservar uma substancial igualdade entre as partes, a fim de que haja colaboração entre os contratantes, com a necessidade de fomentação da justiça distributiva, e acesso a bens e serviços entre desiguais, e, ainda, os princípios da livre iniciativa e livre concorrência;

- a modernidade e a alteração social proporcionada por vários fatores, dentre os quais se destacam a globalização, com o advento da era digital da informação, o aumento populacional e a diferença sócio-econômico-cultural entre classes, resultou na crise da teoria contratual clássica, ensejando o desenvolvimento de uma nova visão, com a reconstrução de conceitos;

- destacam-se, assim, os princípios relativos à relação contratual, especificamente o da autonomia privada, que traduz-se no poder reconhecido pela ordem jurídica ao homem, previamente qualificado como sujeito de direito, de juridicizar a sua atividade, realizando livremente negócios jurídicos e determinando os respectivos efeitos; o da justiça contratual atua como mecanismo legal de modo a intervir na relação contratual para o fim de equilibrar os interesses das partes, evitando-se desigualdades econômicas, de forma a privilegiar a igualdade substancial; e o princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do Código Civil de 2002, que representa o valor da ética, promovendo-a, sob diversas formas e em todos os momentos da relação contratual, sendo fonte de deveres e limitação dos direitos e exercendo, ainda, uma tríplice função (interpretativa, supletiva e corretiva);

- demonstrou-se que o ordenamento italiano, seguindo a linha alemã, estabeleceu nos artigos 1175 e 1375 do Código Civil de 1942 as regras de *correttezza* e *buona fede*, a serem seguidas pelas partes, o que representa a adoção pelo sistema do caráter objetivo da boa-fé, como regra de conduta a ser observada pelas partes no decorrer de toda a relação contratual;

- necessária, assim, a coerência na interpretação do sistema, pois a diferença entre o Código de 1916 e o de 2002 são enormes, sendo que os três princípios fundamentais ou diretrizes do Novo Código de 2002 são: eticidade, socialidade e operabilidade. A primeira com a valoração da boa-fé, a segunda, no sentido de superar-se o caráter individualista do Código de 1916, feita para um país eminentemente agrícola, com a maioria da população no campo, o que hoje se encontra invertido;

- a confiança surge, assim, como fator preponderante das relações, passando a ser concebida como fundamento do ordenamento, pois só existe a possibilidade de convivência social se o valor confiança está presente;

- referido valor que se encontra na lógica da boa-fé é protegido pelo sistema ao tutelar-se situações específicas, em razão da necessidade serem mantidas as expectativas depositadas nas relações sociais;

- a fim de tentar explicar e fundar os sistemas de direito positivo, surgiram duas grandes teorias: a da vontade, pela qual o contrato era concebido em razão da

intenção pessoal da parte, e a da declaração, que admitia a essência do contrato na declaração externada;

- em razão de críticas apontadas à ambas teorias, foi mitigada a teoria da vontade pela teoria da responsabilidade, por meio da qual o negócio sem a vontade interna será válido quando se possa atribuir culpa à parte pela declaração viciada, ou seja, quando houver divergência entre a declaração e vontade, se decorrer de dolo ou culpa de um declarante, este deve responder pelo que declarou, como se houvesse realmente também desejado;

- por outro lado, a desenvolveu-se a teoria da confiança, também como abrandamento da teoria da declaração, sendo que, para esta, quando faltar a vontade interna, ou esta divergir da declarada, o negócio jurídico será em princípio válido, de acordo com a declaração emitida e, nulo, quando o declaratório conhecia ou devia conhecer, se agisse com diligência, a verdadeira vontade do declarante;

- a teoria preceptiva, de outra banda, sistematizada por Emílio Betti, concebe o contrato como um comando reconhecido pelo ordenamento jurídico, sendo preponderantes a realidade social e a função econômico social do contrato;

- segue-se, assim, que o princípio da auto-responsabilidade tem o seu fundamento no princípio da confiança, ou seja, 'na exigência de tutela da confiança do destinatário', a qual supera a exigência de tutela do declarante porque a relevância, em relação a terceiros, das deficiências ocultas da declaração prejudicaria a certeza e segurança das relações;

- em razão do contato social nascem os deveres decorrentes da boa-fé objetiva, de lealdade e cooperação. Não obstante referidos deveres destinem-se a proteger a confiança entre as partes de que a relação se desenvolverá de acordo com padrões exigidos pela boa-fé objetiva, o que independe do estágio das negociações entre as partes;

- para a proteção da expectativa legítima de corrente de situações de confiança para o declaratório, segue-se a necessidade de averiguar a declaração de vontade pelo seu significado objetivo, sendo carreado ao declarante o risco decorrente da possibilidade de transmissão não exata;

- quanto ao momento de formação do direito subjetivo quanto à expectativa legítima, surge a necessidade de se analisar as fases pelas quais passa a declaração, sendo que a comunicação é condição necessária à formação do consentimento,

- para o surgimento da expectativa legítima, necessário é que se atinja o estabelecimento pleno da comunicação entre emitente/declarante e receptor/declaratário, ou seja, que a declaração seja emitida pelo declarante e recepcionada pelo declaratário a fim de que se atinja o âmbito de eficácia, devendo a interpretação efetuar-se em consideração às possibilidades de compreensão do destinatário, o qual, dentro dos limites da diligência devida, há de tratar de conhecer o significado dado pelo declarante, sendo ineficaz as declarações que forem suscetíveis de várias interpretações;

- a violação dos deveres oriundos da boa-fé objetiva, ou seja, relativos à conduta ímproba que defraude a confiança, pode ensejar a responsabilização por existir uma relação obrigacional, independentemente do contrato, a qual se está fundada na boa-fé objetiva, que, por sua vez, atua desde as negociações até depois de cumprido o contrato, pois a significação jurídica advém da conduta social típica;

- a violação de referidos deveres secundários antes da celebração do contrato, a par de poder ensejar a responsabilização por eventuais danos sofridos, pode afetar, dependendo da sua gravidade, a própria validade o vínculo, pois a parte afetada em sua confiança não poderá esperar o normal desenvolvimento da relação;

- a infringência dos deveres acessórios decorrentes da boa-fé durante a relação contratual não a invalidam, porquanto constituída sob o pilar de requisitos existentes e válidos, afetando, contudo, a eficácia da relação, impondo-se a resolução com a restituição das partes ao estado anterior;

- a incidência do princípio da boa-fé atua, ainda, como limitação ao direito formativo do credor, de resolução do contrato, quando este representar o abuso no exercício de uma posição jurídica que possa causar prejuízo ao devedor, sem a correspondente vantagem ao credor, em casos de adimplemento substancial, devendo ser sopesadas as circunstâncias e valores envolvidos no caso concreto;

- a necessidade de observância pelas partes dos deveres oriundos da boa-fé se estende, também, para o período posterior ao cumprimento da obrigação principal, de forma a ensejar eventual responsabilização.

Ao cabo das idéias expostas no presente, ressalta-se, por fim, que a nova sociedade - complexa, pluralista e fragmentada - dominada pela ciência e informação, certamente não apresenta os mesmos desafios resolvidos pelo Código de Bevilácqua, pelo que se torna necessário o aprofundamento no estudo do direito para a proposição de soluções novas, com o desapego ao fetichismo da lei derivado da Revolução Francesa. Ou seja, “estamos trabalhando com modelos que vêm do Estado de Direito de duzentos anos atrás, e não temos condições de enfrentar uma nova realidade, novos desafios com modelos do século passado. Estamos tentando enfrentar uma nova realidade com modelos antigos, o que está condenado ao fracasso, sendo os operadores do direito os grandes artífices no processo de construção jurídica”²⁹⁸.

²⁹⁸ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. Autonomia privada. In: **Comentários sobre o projeto de Código Civil brasileiro. Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários**. Brasília : CJF , 2002. p. 79-88.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JR., Ruy Rosado. Projeto De Código Civil: As Obrigações E Os Contratos. In: **Revista de Direito Renovar**. Rio de Janeiro: Renovar, nº 15, set-dez. 1999, p. 19-36.

_____. **Extinção Dos Contratos Por Incumprimento Do Devedor**. 2ª ed. Rio de Janeiro: AIDE, 2003.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. Autonomia privada. In: **Comentários sobre o projeto de Código Civil brasileiro. Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários**. Brasília : CJF , 2002.

AQUINO. Leonardo Gomes de. Contratar é, em si, uma relação de risco: uma visão dogmática da conexão entre o contrato e o risco. In: **Revista Direito Privado**. São Paulo: RT nº 28, out-dez 2006.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Caracterização Jurídica da Dignidade da Pessoa Humana. In: **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, vol. 797, março de 2002.

_____. A boa fé na formação dos contratos. **Revista Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 3, setembro/dezembro 1992.

_____. **Insuficiências, Deficiências e Desatualização do Projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva**. In Revista dos Tribunais, nº 775. São Paulo: Revista dos Tribunais, maio 2000.

_____. **Negócio Jurídico - Existência, Validade e Eficácia**. 4ª ed., 5ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum. In: **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: RT, nº 18, abril-junho 1996.

BARCELLOS, Ana Paula. **Eficácia Jurídica dos Princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Renovar, 2002.

BARROS, Suzana de Toledo. **O Princípio Da Proporcionalidade E O Controle De Constitucionalidade Das Leis Restritivas De Direitos Fundamentais**. 3ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional E A Efetividade De Suas Normas**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Fundamentos Teóricos E Filosóficos Do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)**. Disponível em http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/DIALOGO-JURIDICO-06- SETEMBRO-2001-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf, acessado em 21.02.08.

BETTI, Emilio. **Teoria Generale Del Negozio Giuridico**. Collana: Università di Camerino. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002.

BIANCA, C. Massimo. **Direito Civile. II Contrato**. Segunda Edizione. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2000.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **Teoria Da Norma Jurídica**. 2ª ed. São Paulo: Edipro, 2003.

_____. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. São Paulo: Polis; Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1989.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal Ao Estado Social**. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança: elementos formadores do princípio da confiança e seus efeitos. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: RT, nº 12, p. 169-225, outubro-dezembro 2002.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. O princípio da vulnerabilidade do consumidor. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. (Coord.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático E Conceito De Sistema Na Ciência Do Direito**. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V. Aleixo. **O Direito da Personalidade**. Coimbra, Coimbra Editora, 1995

CATAUDELLA, Antonino. **I contratti. Parte generale**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2000.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2000.

CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. **A obrigação como processo**. Sao Paulo: Jose Bushatsky, 1976.

_____. O princípio da boa-fé no Direito brasileiro e português. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (org.). **O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

DANTAS JR., Aldemiro Rezende. **Teoria dos atos próprios no princípio da boa-fé**. Curitiba: Juruá, 2007.

DANTAS, Marcus Eduardo de Carvalho. Princípios e Regras: Entre Alexy e Dworkin. In: Moraes, Maria Celina Bodin de (Coord.). **Princípios do Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DEL VECCHIO, Giorgio. **A Filosofia Jurídica na Itália**. São Paulo: Saraiva, 1960

_____. **A justiça**: Giorgio Del Vecchio. São Paulo: Saraiva, 1960.

DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ENGISCH, Karl. **Introdução Ao Pensamento Jurídico**. 8ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceitos de Princípios Constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, vol. 1 – Arts. 1º a 103, 1997.

FERREIRA, Carlos Alberto Goulart. Equilíbrio contratual. In: LOTUFO, Renan (Org.). **Direito Civil Constitucional – Cadernos 1**. São Paulo: Ed. Max Limonad, 1999.

FERRI, Luigi. **La Autonomia Privada**. Madrid, tradução espanhola, Ed, Revista de Derecho Privado: 1969.

FINGER, Julio Cesar. **A Constituição Concretizada – Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil**. Porto Alegre, Do Advogado Editora: 2000.

FLÓREZ VALDÉS, Joaquin Arce. **Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional**. Madrid, Ed. Cuadernos Civitas, 1990.

FRITZ, Karina Nunes. A boa-fé objetiva e a sua incidência na fase negocial. P. 201-237. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: RT, nº 29, jan-mar 2007.

GIDDENS, Anthony. **As Consequências da Modernidade**. São Paulo: Unesp, 1991.

GILISSEN, John. **Introdução Histórica Ao Direito**. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

GODOY, Cláudio Luiz Buerno de. **Função Social Do Contrato**. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMES, Orlando. **Transformações gerais do direito das obrigações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.

_____. **Contratos**. 25ª ed. Rio de Janeiro: Editora forense, 2002.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003.

GUIMARÃES, Otávio Moreira. **A Boa Fé No Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Empresa Gráfica da Revista dos Tribunais, 1938.

HESPANHA, Antonio Manuel. **Panorama Histórico Da Cultura Jurídica Européia**. 2. ed. Mem Martins: Europa-America, 1998.

_____. **O caleidoscópio do direito. O direito e a justiça no dias e no mundo de hoje**. Coimbra: Edições Almedina, 2007.

HUBERMAN, Leo. **História Da Riqueza Do Homem**. 16ª edição. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1980.

IRTI, Natalino. **L'età della decodificazione**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 4ª edição, 1999.

JORGE JÚNIOR, Alberto Gosson. **Cláusulas Gerais No Novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura Do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

LARENZ, Karl. **Derecho Civil, Parte General**. Madrid: EDERSA, 1978.

LYRA JÚNIOR, Eduardo Messias Gonçalves de. **Os Princípios do Direito Contratual**. Revista de Direito Privado nº 12. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LOTUFO, Renan. **Código Civil Comentado**. São Paulo: Saraiva, Vol. I, 2003

_____. (Org.). **Direito Civil Constitucional – Cadernos 1**. São Paulo: Ed. Max Limonad, 1999.

_____. **Da Oportunidade Da Codificação Civil**. São Paulo: Revista do Advogado, Dez/2002.

_____. **Curso Avançado de Direito Civil: volume 1: parte geral**. (coord. Everaldo Augusto Cambler); 2ªed. revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

LUDWIG, Marcos de Campos. **Usos E Costumes No Processo Obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança No Comércio Eletrônico E A Proteção Do Consumidor (um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico)**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

_____. A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise da confiança ou de crescimento do contrato? in MARQUES, CLÁUDIA LIMA (coord.). **A nova crise do contrato – estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé No Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Crise E Modificação Da Idéia De Contrato No Direito Brasileiro. **Revista Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 3, setembro/dezembro 1992.

_____. Princípio da confiança legítima e principio da boa-fé objetiva. Termo de compromisso de cessação (TCC) ajustado com o CADE. Critérios de interpretação contratual: os “sistemas de referência extracontratuais” (“circunstâncias do caso”) e sua função no quadro semântico da conduta devida. Princípio da unidade ou coerência hermenêutica e “usos do tráfego” adimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, volume 852, outubro de 2006.

_____. Mercado e solidariedade social entre cosmos e taxis: a boa-fé nas relações de consumo, p. 611/661. In MARTINS-COSTA, Judith (org.). **A Reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

Mazeud, Denis. **Loyauté, Solidarité, Fraternité: Lanouvelle Devise Contractuelle?** *In l'avenir du droit*. Dalloz: Paris, 1999.

MENGONI, Luigi. I cinquant'anni del Codice Civile: Considerazioni sulla parte generale delle obbligazioni. In: **Scritti in onore di Rodolfo Sacco**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1994.

MODUGNO, Franco. **I nuovi diritti nella Giurisprudenza Costituzionale**. Torino: G. Giappicheli Editore, 1995

MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade humana. In: Moraes, Maria Celina Bodin de (Coord.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 1-60.

MORAES, Walter. **Concepção Tomista da Pessoa**.. Revista de Direito Privado nº 02. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NALIN, Paulo. **A Função Social do Contrato no Futuro Código Civil Brasileiro**. Revista de Direito Privado nº 12. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002

NANNI, Giovanni Ettore. A autonomia privada sobre o próprio corpo, o cadáver, os órgãos e tecidos diante da Lei Federal n. 9434/97 e da Constituição Federal. In: LOTUFO, Renan (Org.). **Direito civil constitucional – Cadernos 1**. São Paulo: Ed. Max Limonad, 1999.

NATOLI, Ugo. L'attuazione del rapporto obbligatorio e la valutazione del comportamento delle parti secondo le regole della correttezza. In: **Studi in memoria di Giovan Battista Funaioli**. Milano: Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1961.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato – Novos Paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. O princípio da boa-fé contratual. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. (Coord). **Princípios do Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual)**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1994.

OPPO, Giorgio. **Sui principi generali del diritto privato**. Rivista de Diritto Civile, Ano: 37, n.1 , p.475-94, 1991.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. São Paulo: Renovar, 2002.

_____. **Manuale di diritto civile**. 5ªed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2005.

PRATA, Ana. **A Tutela Constitucional da Autonomia Privada**. Coimbra: Livraria Almedina, 1982

RANIERI, Nina Beatriz. 'Do estado liberal ao estado contemporâneo. Notas sobre os processos de exaustão dos modelos políticos e da ordem jurídica'. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: RT, nº 36, p. 136-161, 2001.

RÁO, Vicente. **O Direito e a Vida dos Direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

REALE, Miguel. **Visão geral do Novo Código Civil**. Revista de Direito Privado nº 9. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

REALE, Miguel. **Nova fase do direito moderno**. São Paulo: Saraiva, 1990.

REALE, Miguel. **As diretrizes fundamentais do Projeto do Código Civil**. p. 09-26. In Comentários sobre o projeto do Código Civil brasileiro, [realizado por] Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, Tribunal Regional Federal da 3ª Região. - Brasília: CJF, 2002.

RECINTO, Giuseppe. Buona Fede ed Interessi dedotti nel rapporto obbligatorio tra legalità costituzionale e comunitaria. In: **Rassegna di Diritto Civile 2002**.

ROBLES, Gregório. **O direito como texto. Quatro estudos de teoria comunicacional do direito**. São Paulo: Manole, 2005.

ROMANO, Geremia. **Interessi del debitore e adempimento**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1995.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 1988.

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade Humana e boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005.

SANTOS, Antonio Jeová. **Função Social Do Contrato**. São Paulo: Método, 2004.

SARMENTO, Daniel. **A Ponderação De Interesses Na Constituição Federal**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2003.

SCHREIBER, Anderson. **A proibição do comportamento contraditório: tutela da confiança e *venire contra factum proprium***. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 23ª ed., 2004.

STIGLITZ, Gabriel. O direito contratual e a proteção jurídica do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo : Revista dos Tribunais, vol. 1, dezembro, 1992.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. **Revista de Direito do Estado** n.2 , p.37-53, abr./jul. 2006.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil – Parte Geral**. São Paulo: Atlas, 20