

Patrícia Buendgens Schneider

A tutela da confiança na contratação contemporânea

Dissertação de Mestrado

Programa de Pós-Graduação em Direito

Curitiba, julho de 2006.

CCJS – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais

Patrícia Buendgens Schneider

**A tutela da confiança na contratação
contemporânea**

Dissertação de Mestrado

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCPR como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Katya Kozicki

Co-orientador: Prof. Dr. Paulo Nalin

Curitiba

Julho de 2006

Patrícia Buendgens Schneider

**A tutela da confiança na contratação
contemporânea**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCPR. Aprovada pela Comissão Examinadora abaixo assinada.

Profa. Dra. Katya Kozicki

Orientadora

PUCPR

Prof. Dr. Paulo Nalin

Co-orientador

UFPR

_____ .

_____ .

Curitiba, ____ de _____ de 2006.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização do autor, do orientador e da universidade.

Patrícia Buendgens Schneider

Graduou-se em Direito na PUCPR (Pontifícia Universidade Católica do Paraná) em janeiro de 2002. Especializou-se em Direito Tributário Contemporâneo nas Faculdades Integradas Curitiba em abril de 2004. Realizou pesquisa acadêmica junto da *Università degli Studi di Torino - Facoltà di Giurisprudenza*, em Turim – Italia, de agosto 2005 a janeiro 2006.

Ficha Catalográfica

S359t 2006	Schneider, Patrícia Buendgens A tutela da confiança na contratação contemporânea / Patrícia Buendgens Schneider ; orientadora, Katya Kozicki ; co-orientador, Paulo Nalin. – 2006. 190 f. ; 30 cm Dissertação (mestrado) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2006 Inclui bibliografia 1. Direito privado. 2. Contratos. 3. Obrigações (Direito). 4. Boa-fé (Direito). 5. Responsabilidade (Direito). I. Kozicki, Katya II. Nalin, Paulo. III. Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Programa de Pós-Graduação em Direito. IV. Título. . Doris 4. ed. 342 342.144 342.12513
---------------	---

Resumo

Schneider, Patrícia Buendgens; Kozicki, Katya; Nalin, Paulo. **A tutela da confiança na contratação contemporânea**. Curitiba, 2006, 192p. Dissertação de Mestrado – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

A tutela da confiança na contratação contemporânea mostra-se fundamental para a convivência pacífica em sociedade. A consolidação da pessoa humana como valor central da ordem jurídica conduz à superação da ótica individualista, de caráter eminentemente patrimonial, em prol de um sistema sedimentado em valores sociais e na inclusão da ética como elemento essencial das relações jurídicas. O princípio da boa-fé objetiva prescreve padrões de lealdade, de honestidade e de solidariedade no âmbito do direito privado. As relações obrigacionais têm por finalidade a obtenção de um resultado econômico-social útil. Para tanto, além da realização das prestações a que se obrigam as partes contratantes, devem ser por elas observados deveres outros – acessórios – de lealdade, de esclarecimento e de proteção, a fim de que sejam reciprocamente satisfeitas as legítimas expectativas geradas na esfera jurídica de cada uma das partes. O direito privado deve ser repensado na sociedade contemporânea a fim de que a dignidade da pessoa humana seja a premissa de toda interpretação do Direito. O presente estudo tem por objetivo analisar o fenômeno contratual contemporâneo à luz dos paradigmas dos séculos XIX a XXI, e do papel da boa-fé objetiva, substanciados na importância da tutela da confiança no trato negocial.

Palavras-chave

Direito privado; princípios; interpretação do direito; contratos; boa-fé objetiva; solidariedade; confiança; legítimas expectativas; responsabilidade.

Riassunto

Schneider, Patrícia Buendgens; Kozicki, Katya; Nalin, Paulo. **La tutela della fiducia nella contrattazione contemporanea**. Curitiba, 2006, 192p. Tesi di Master – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

La tutela della fiducia nella contrattazione contemporanea rivela fondamentale per la convivenza pacifica nella società. Il consolidamento della persona umana come valore centrale dell'ordinamento giuridico conduce al superamento dell'ottica individualista, di carattere eminentemente patrimoniale, in favore di un sistema fondato su valori sociali e sull'inclusione dell'etica come elemento essenziale dei rapporti giuridici. Il principio della buona fede prescrive archetipi di lealtà, di onestà e di solidarietà nell'ambito del diritto privato. I rapporti obbligazionari sono volti al raggiungimento di un risultato di natura economico-sociale. Perciò, al di là della realizzazione degli obblighi contrattati per le parti, devono essere osservati ulteriori doveri – accessori – di lealtà, di informazione e di protezione, per la reciproca soddisfazione delle legittime aspettative concepite nella sfera giuridica di ognuna delle parti. Il diritto privato deve essere riletto nella società contemporanea affinché la dignità della persona umana sia la premessa di tutta interpretazione del Diritto. Il presente studio ha l'obiettivo di analizzare il fenomeno contrattuale contemporaneo alla luce dei paradigmi dei secoli XIX ad XXI, e del ruolo in esso rivestito dal principio della buona fede, basato sull'importanza della tutela della fiducia nello scambio negoziale.

Parole-chiavi

Diritto privato; principi; interpretazione del diritto; contratti; buona fede; solidarietà; fiducia; legittime aspettative; responsabilità.

Abstract

Schneider, Patrícia Buendgens; Kozicki, Katya; Nalin, Paulo. **The Trust's custody on the contemporary transaction**. Curitiba, 2006, 192p. MSc. Dissertation – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

The trust's custody on the contemporary transaction reveals itself fundamental for the pacific society acquaintance. The consolidation of the human being as the central value of the legal order leads to the overcoming of individualistic optics, of eminently patrimonial character, favoring a system based on social values and on the inclusion of ethics as an essential element of the juridical transactions. The good faith principle prescribes standards of loyalty, honesty and solidarity in the Private Law scope. The transactions search for a useful economic and social result. In such way, beyond the accomplishment of the obligations, which are compelled to the contracting parties, other duties – accessories – of loyalty, explanation and protection must be observed by them, in order to reciprocally satisfy the legitimate expectations created in the legal sphere of each part. Private Law has to be reconsidered in contemporary society in order to interpret Law by human's dignity premise. This paper has the mission of analyze the contemporary contract phenomenon from the 19th to the 21th centuries paradigms, and from the good faith's role, based on trust's protection importance at the business place.

Keywords

Private Law; principles; Law's interpretation; contracts; good faith; solidarity; trust; legitimate expectation; responsibility.

Sumário

1. Introdução	11
2. Autonomia privada e liberdade contratual: a evolução do Direito Contratual ..	14
2.1 Do liberalismo econômico à massificação contratual	16
2.2 A “crise” do Direito Civil (contratual) contemporâneo: coexistência de modelos	37
2.3 O rompimento da dicotomia público-privado	45
2.4 A despatrimonialização do Direito Civil e do contrato	51
3. A boa-fé objetiva e o direito contratual contemporâneo	56
3.1 O princípio da boa-fé e o seu (re)aparecimento no contexto histórico	58
3.2 Uma importante distinção: boa-fé objetiva e boa-fé subjetiva	69
3.3 O contrato contemporâneo à luz da boa-fé objetiva	76
4. Os deveres acessórios de conduta e a revalorização da confiança	91
4.1 Teoria da Violação Positiva do Contrato: o despertar dos “deveres acessórios de conduta” para a pós-modernidade	91
4.2 A boa-fé objetiva como fonte dos deveres acessórios de conduta	96
4.2.1 Deveres de proteção	104
4.2.2 Deveres de esclarecimento	107
4.2.3 Deveres de lealdade	113
4.3 Efeitos jurídicos dos deveres acessórios de conduta: a revalorização da confiança	117

5. A tutela da confiança na contratação contemporânea	122
5.1 A violação dos deveres acessórios de conduta: implicações no direito contratual	122
5.2 A boa-fé objetiva como fundamento para a tutela da confiança no direito contratual contemporâneo	141
 6. Conclusão	 165
 7. Referências bibliográficas	 174

1.

INTRODUÇÃO

Esta dissertação, estruturada em quatro capítulos, se destina a analisar a necessidade de proteção da confiança na contratação contemporânea e os fundamentos que delineiam a sua tutela jurídica em um momento histórico caracterizado pela fragmentação e pela despersonalização das relações jurídicas privadas.

Toma-se como premissa que o homem é um ser social¹, e, como tal, não vive isoladamente. Vive em sociedade e nesta perspectiva o homem deve ser considerado pelo Direito, isto é, deve ser entendido como parte de uma coletividade, e não como sujeito isolado.

A problemática se posiciona na inobservância, em uma relação jurídica contratual, de um dever geral de boa-fé, que conduz à frustração de legítimas expectativas despertadas junto às partes envolvidas.

Em um contrato, não há que se olvidar que o descumprimento das obrigações de dar, de fazer ou de não fazer, acarreta o inadimplemento; sendo assim, sob este mesmo raciocínio, questiona-se qual a consequência para o descumprimento de um dever acessório de conduta, decorrente do princípio da boa-fé. Certo é que a não observância do dever acessório de conduta, em quaisquer das fases do contrato, interfere no pleno adimplemento da obrigação contraída e na satisfação integral dos interesses das partes contratantes.

Neste início de século XXI, constata-se que o dogma da vontade e o caráter absoluto da liberdade contratual, característicos do liberalismo econômico vigente no século XIX, efetivamente cederam a posição de centralidade no direito civil, para dar lugar a princípios sociais, como o da boa-fé objetiva, da função social da propriedade e do contrato, da solidariedade. Sob estas bases, o segundo capítulo trata da evolução do direito contratual por meio dos princípios da autonomia privada e da liberdade contratual, especialmente do liberalismo

¹ MELGARÉ, P., *A jus-humanização das relações privadas...*, p. 228. Oportuno esclarecer que um certo “eurocentrismo” havido no decorrer deste estudo, quer em virtude da contextualização histórica, quer em virtude das referências bibliográficas realizadas, se justifica em face da escassa bibliografia nacional específica sobre o tema, embora seja este possível de ser aferido por meio do estudo do princípio da boa-fé objetiva em si, vasta e qualitativamente tratado pela doutrina nacional.

econômico até a massificação dos contratos. Também é examinada a “crise” do direito civil contemporâneo, a dicotomia entre direito público e direito privado e, em linhas gerais, o fenômeno da despatrimonialização do direito privado.

No terceiro capítulo, propõe-se o estudo do princípio da boa-fé objetiva no que concerne ao seu (re)aparecimento no contexto histórico e no direito brasileiro, as suas funções, à distinção para com a boa-fé subjetiva e a sua presença no bojo das relações jurídicas interprivadas. Isto porque a boa-fé objetiva introduziu a ética no direito contratual, estabelecendo, sobretudo, padrões de comportamento consubstanciados na solidariedade, na lealdade, na probidade, na correção e na confiabilidade.

A existência destes arquétipos de conduta, oriundos da boa-fé objetiva, representa o substrato do quarto capítulo. Este se dedica à teoria da violação positiva do contrato, desenvolvida pelo jurista alemão Hermann Staub, no início do século XX, que identificou a presença de deveres outros, além dos principais e dos secundários, não necessariamente previstos pelas partes no contrato, que conduziam à violação da convenção por meio de condutas positivas. A partir destas considerações, é examinada a complexidade das obrigações, o princípio da boa-fé objetiva como fonte de deveres acessórios de conduta e, por meio destes, o (re)aparecimento da preocupação com a proteção da confiança nas relações jurídicas contratuais contemporâneas.

No quinto capítulo, analisa-se as implicações, no direito contratual, da quebra dos deveres acessórios de conduta. Em todo o *iter* negocial, identificam-se tais deveres anexos, de modo que a sua violação interfere no adimplemento da relação jurídica privada como um todo e pode vir a defraudar legítimas expectativas despertadas na esfera jurídica dos contratantes. Após analisar as diferentes situações de responsabilidade civil advindas da ruptura injustificada de deveres acessórios de conduta – sem, contudo, pretender esgotar o assunto – nas diversas fases contratuais, aponta-se a necessidade de proteção das legítimas expectativas das partes envolvidas na relação jurídica contratual, fundada no princípio da boa-fé objetiva. Enfim, sugere-se uma nova *fattispecie* de responsabilidade, qual seja a responsabilidade pela quebra da confiança contratual, e a efetiva tutela da confiança nas relações jurídicas contemporâneas.

Sempre tomando o princípio da dignidade da pessoa humana como norte, o presente estudo busca demonstrar que a segurança das relações jurídicas depende, em grande parte, da lealdade e da confiança mútuas; os contratantes são membros do conjunto social juridicamente tutelado e, como tais, devem considerar as legítimas expectativas da outra parte a fim de que sejam satisfeitos os interesses recíprocos e a finalidade econômico-social das relações obrigacionais.

Consoante anotado por Carlos Alberto da Mota Pinto², as obrigações “são o veículo jurídico-privado por excelência da movimentação dos bens e serviços e da cooperação entre os homens: são o instrumento da dinâmica da vida jurídico-privada”, e, por assim o serem, demandam, para a funcionalidade do mercado, um elemento central: a confiabilidade.

A (re)valorização da pessoa humana no bojo das relações jurídicas obrigacionais mostra-se imperiosa. O contrato deixa de ser concebido como um instrumento de interesses antagônicos, para ser entendido como uma relação equilibrada e eqüitativa, baseada na confiança mútua.

A partir destas considerações, a idéia principal desta dissertação é traçar um novo olhar sobre o princípio da boa-fé, ao considerar-se que boa-fé objetiva e confiança estão “intrinsecamente ligadas, pois a boa-fé é pensar o outro, e a confiança é a consideração/visão ‘dos interesses legítimos do outro’”³; estes princípios questionam os paradigmas clássicos do direito das obrigações e, por conseguinte, assinalam uma nova concepção do contrato e a necessidade de ser tutelada de forma efetiva a confiança contratual na contemporaneidade.

² Id., *Teoria geral do direito civil*, p. 119.

³ MARQUES, C.L., *Novos temas na teoria dos contratos*, p. 86.

2.

Autonomia privada e liberdade contratual: a evolução do direito contratual

Os institutos privados⁴ constituem expressões da constante evolução do Direito em face das modificações havidas no ambiente econômico, político, social e cultural, provocadas pelo desenvolvimento da indústria, do capitalismo e da tecnologia e, sobretudo, pelos movimentos sociais do início do século XX⁵.

⁴ A arquitetura do sistema de Direito Civil, além de princípios básicos como o da igualdade dos cidadãos perante a lei, do respeito aos direitos fundamentais, da liberdade contratual, da boa-fé objetiva, é constituída por institutos próprios que perduram no meio social e acompanham as mudanças havidas na sociedade a fim de que sejam adequados às novas realidades. Cada qual destes institutos jurídicos é constituído por um conjunto unitário de normas, destinado a disciplinar relações jurídicas típicas, consoante assinala AMARAL, F.P., *Direito Civil – introdução*, p. 34. Por institutos jurídicos entende-se, ainda, na lição de PINTO, C.A.M., *Teoria geral do Direito Civil*, p. 178, “o conjunto de normas legais que estabelecem a disciplina de uma série de relações jurídicas em sentido abstracto, ligadas por uma afinidade, normalmente a de estarem integradas no mesmo mecanismo jurídico ou ao serviço da mesma função”. Nesse ínterim, a base da sistematização do Direito Civil é formada pela noção de *relação jurídica*, presente quer na parte geral da Teoria do Direito Civil, quer nas quatro espécies ou modalidades que a complementam, a saber, o Direito das Obrigações, o Direito das Coisas, o Direito de Família e o Direito das Sucessões (PINTO, C.A.M., op. cit., p. 20). Ao Direito cabe regular não o homem isolado, mas o homem em sociedade, no seu comportamento social, disciplinando os interesses contrapostos para manter a paz social; a partir daí, o supracitado jurista português traduz que “a relação jurídica é utilizada (...) como meio técnico de arrumação e exposição do direito, por se considerar esse conceito em um quadro adequado para exprimir a realidade social a que o ordenamento jurídico se aplica” (Ibid., loc. cit.), e para realizar uma eficaz tutela da personalidade humana. Assim, são institutos do Direito Civil a personalidade, o patrimônio, o contrato, a família, os direitos sucessórios. Neste estudo, focalizam-se os institutos relativos às relações patrimoniais, decorrentes do princípio da liberdade contratual e da autonomia privada, voltados para o desenvolvimento da personalidade e para a realização da dignidade humana.

⁵ O capitalismo moderno desenvolveu-se a partir de um *ethos* próprio, centrado na utilidade das relações, e de uma ética peculiar, qual seja o dever que o indivíduo tem de aumentar o seu capital, não com vistas à satisfação de suas necessidades vitais, mas voltadas para a arrecadação de um maior número de capital. Assinala WEBER, M., *A ética protestante e o espírito do capitalismo*, p. 196, que há grande dificuldade em se precisar o momento histórico exato em que se formou o capitalismo. Em determinada época, o tradicionalismo da economia de subsistência foi interrompido por um novo espírito, baseado na produção racionalizada e no desejo de arrecadar mais e não consumir. O espírito capitalista, então, foi direcionado à racionalização da produção, onde o trabalho é a vocação do homem como uma obrigação que lhe é necessária. Sob este contexto, o Estado (de Direito) é chamado a proteger os interesses individuais e a garantir a autonomia privada, impedido de intervir no processo econômico salvo para garantir o respeito à ordem pública e aos bons costumes. Separa-se o Estado da sociedade civil uma vez que a esfera de atuação de cada qual é delimitada em prol do desenvolvimento do espírito capitalista e da economia de mercado, e a cada um são atribuídos campos de interesses diversos e considerados contrapostos. Neste contexto, a Revolução Industrial trouxe importantes transformações no cenário do Estado moderno, tais como a produção de bens e serviços em série, a migração de trabalhadores do campo para as cidades, o surgimento de monopólios no campo da produção. As más condições

O Direito supõe uma sociedade e esta não é meramente adjacência estática, mas convivência entre os homens que a compõem; por tal razão, não são os institutos de Direito Civil isoláveis em um determinado momento histórico ou político, pois são frutos do desenvolvimento das relações entre economia e direito, entre Estado e cidadão, entre sociologia e política. Os princípios gerais, informadores do sistema, igualmente são de conteúdo volátil e sensíveis ao perfil da sociedade⁶. Os confins do direito privado são, assim, mutáveis de acordo com a situação histórica, política, cultural e econômica presenciada.

O instituto da autonomia privada⁷ não se encontra alheio a este dinamismo e sua dimensão evolutiva depende do modo em que, em um certo período de tempo, são considerados os interesses que pretende regular⁸.

de trabalho impostas aos trabalhadores, o abuso na jornada de trabalho e os baixos salários conduziram a sociedade a movimentos sociais em prol de direitos trabalhistas, exigindo do Estado uma proteção específica. Em resposta aos apelos sociais, modificou-se o sistema de direito privado, nele introduzindo uma série de regras destinadas a reger a atividade laboral na vida social, surgindo o que se denominou de *direito do trabalho*. No decorrer da evolução do campo industrial e das relações econômicas entre os indivíduos privados, a produção em série, cada vez mais otimizada pelo desenvolvimento tecnológico, e o estímulo ao consumo, levaram os fornecedores a instituir uma espécie de contratação condizente com a velocidade exigida pelo mercado. A contratação de adesão permitiu agilidade nas relações interprivadas, dado o pré-estabelecimento dos termos do contrato e a possibilidade de atingir um maior número de consumidores. Todavia, esta forma de contratação mostrou-se propícia para a promoção de abusos econômicos por parte das grandes empresas que se formaram, nas relações obrigacionais instituídas com os consumidores. O fenômeno da massificação contratual e das relações interprivadas, bem como a globalização, conduziram, então, à modificação das convicções da sociedade acerca da regulamentação daquelas relações jurídicas, uma vez desajustada a convivência entre o modelo contratual paritário – baseado na irrestrita liberdade contratual – e as relações de massa, onde a manifestação volitiva cede lugar para comportamentos automáticos de mera aceitação de termos pré-estabelecidos. Surgiram novos movimentos sociais, especialmente no início do século XX, voltados para a proteção das partes contratantes econômica e juridicamente mais vulneráveis, e para a imposição de lealdade na contratação e no adimplemento das obrigações. A sociedade civil então organizada fortaleceu-se, e passou a exigir um modelo não mais dicotômico entre Estado e sociedade, reclamando por normas que alargassem a relevância da boa-fé nas relações interprivadas, como ocorreu com a elaboração das normas de proteção aos consumidores. Outro fenômeno social de grande relevância na história jurídica foi a implantação, em diversos países, de regimes socialistas reconhecendo a existência do dirigismo contratual e expandindo normas de ordem pública para a proteção de indivíduos mais fracos como os empregados, os locatários e os consumidores. Os ideais socialistas não adotam o princípio da autonomia privada e da liberdade contratual com igual valor e função com que os assumem os regimes capitalistas; contudo, não significa que não existam. A diferença está na inexistência da dicotomia público-privado, de modo que, nos sistemas socialistas, o exercício dos poderes atribuídos aos cidadãos, neles inclusa a liberdade contratual, é considerado “institucionalmente funcionalizado à prossecução do interesse coletivo” (ROPPO, E., *O contrato*, p. 340). Estas considerações têm por objetivo demonstrar, sem a intenção de esgotar o assunto, que os movimentos sociais ao longo da história contribuíram (e contribuirão) para a evolução da própria sociedade e do Direito. Neste sentido, WALD, A., *A evolução da responsabilidade civil e dos contratos...*, p. 90, NALIN, P., *O contrato: do conceito pós-moderno...*, p. 111 e GIORGIANNI, M., *O direito privado e as suas atuais fronteiras*, p. 49.

⁶ NALIN, Paulo (coord.). *Contratos & Sociedade*, vol. 1, p. 11.

⁷ Grande parte da doutrina contemporânea utiliza a expressão “autonomia privada” como sinônimo de “autonomia da vontade”; todavia, neste trabalho, utilizar-se-ão as expressões com conotações

O princípio da autonomia privada é histórico e relativo, no sentido de que fatores de ordem moral, política e econômica contribuem para a sua configuração ao longo do tempo, transformando-o em um dos princípios fundamentais da ordem jurídica privada⁹.

Assim, a compreensão da autonomia privada¹⁰ na realidade contemporânea sujeita-se ao exame da sua evolução ao longo da história, em detrimento das modificações havidas em sua estrutura e escopos.

A partir desta premissa, é que se propõe a análise do instituto da autonomia privada, com vistas ao seu reflexo no direito contratual.

2.1

Do liberalismo econômico à massificação contratual

Historicamente, a noção moderna de autonomia privada foi postulada no período medieval, especialmente a partir do século XII em face da amplitude do tráfego marítimo, em prol do *ius mercatorum*, enquanto direito dos senhores

diferenciadas, adotando a linha de entendimento sugerida por AMARAL, F.P., *Direito Civil – Introdução*, p. 337. A autonomia privada, segundo o autor, “é o poder que os particulares têm de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações de que participam, estabelecendo-lhes o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica”. Por seu turno, não se confunde com àquela a autonomia da vontade, pois esta expressão tem uma conotação subjetiva, de cunho psicológico, contrapondo-se à objetividade e concretude determinantes da autonomia privada. Dessa forma, a autonomia privada representa o momento jurídico da exteriorização da vontade, esta íntima e pré-jurídica. Adota esta opinião, também ROPPO, E., *O contrato*, p. 310, ao dispor que não são sinônimas as expressões “autonomia da vontade individual” e “autonomia privada” uma vez que a primeira representa um estado subjetivo, psicológico da vontade do agente, ao passo que a segunda se apresenta como “forma jurídica e legitimação da liberdade econômica”. Igualmente, corroborando com a moderna orientação de que não se identificam autonomia da vontade e autonomia privada, entende OLIVEIRA, U.M., *Princípios informadores do sistema de direito privado...*, p. 46, que “a autonomia da vontade dá relevo à vontade subjetiva, psicológica, enquanto a autonomia privada destaca a vontade objetiva, que resulta da declaração ou manifestação de vontade, fonte de efeitos jurídicos”.

⁸ ZATTI, P.; COLUSSI, V., *Lineamenti di diritto privato*, p. 110.

⁹ AMARAL, F.P., *Direito Civil – Introdução*, p. 342.

¹⁰ A teoria geral dos contratos, tal como ocorreu com o instituto da autonomia privada, é suscetível às transformações econômicas e sociais, e deve ser analisada de acordo com o contexto histórico em que esteja inserida. Nesse sentido, leciona LÔBO, P.L.N., *Contrato e mudança social*, p. 40, que o contrato “não é e nem pode ser de categoria abstrata e universalizante, de características inalteradas em face das vicissitudes históricas. Em verdade, seus significado e conteúdo conceptual modificaram-se profundamente, sempre acompanhando as mudanças de valores da humanidade”.

feudais à liberdade de troca e “ao respeito à palavra solene empenhada”¹¹. Neste sistema feudal, caracterizado pela pluralidade de ordenamentos dentro da própria estrutura estatal, a propriedade da terra e dos bens de produção, bases do comércio então desenvolvido, destaca o poder da vontade realizado por meio da liberdade de troca, que, por sua vez, promove a livre circulação dos bens e compele o contratante a respeitar a palavra dada.

Nos séculos XVII¹² e XVIII¹³, consolidou-se a idéia de que a vontade humana constituía uma das fontes primárias do Direito, e a autonomia privada se afirmou com plenitude em reação ao despotismo e aos arbítrios promovidos pelo poder público, pois se opõe ao Estado e a qualquer grupo suscetível a reduzir a liberdade individual.

¹¹ NALIN, P., *Contrato & Sociedade: princípios de direito contratual*, vol. 2, p. 26.

¹² Ao final do século XVII, o direito privado se afirma por meio do fenômeno das codificações, determinantes de regras gerais e abstratas e impostas por uma autoridade. A codificação tem por escopo “*dettare nuove regole rivolte al futuro, anche se di fatto cristallizzano il passato. Le nuove regole abrogano quelle precedentemente vigenti*” e sua ideologia compreende um complexo de comandos, elaborado pela “vontade” do legislador e impostos pela autoridade suprema, de modo a garantir a certeza e o conhecimento do Direito (ALPA, G., *Istituzioni di diritto privato*, p. 13. Na tradução livre: “ditar novas regras voltadas para o futuro, ainda que se de fato se cristalizam no passado. As novas regras ab-rogam aquelas precedentemente vigentes”). Acrescenta Francisco Piedade Amaral que os Códigos oitocentistas resultam da idéia de sistema no direito, introduzida pelo jusnaturalismo, defensor da racionalização e da sistematização do pensamento jurídico, no intuito de desenvolver o pensamento sistemático na realização do direito (FIUZA, C.; Sá, M.F.F.; NAVES, B.T.O., *Direito Civil – atualidades*, p.68). O jusnaturalismo reconhecia ao indivíduo liberdades e direitos subjetivos que seriam inerentes a sua natureza, e compreendia o Direito como um sistema completo e coerente, advindo da codificação e segundo o qual ao juiz, na sua atividade judicante, bastaria a subsunção dos fatos à norma, porque capaz de (o Direito) responder a quaisquer questões jurídicas. Pressupõe, assim, a *completezza* do ordenamento, compreendido como um sistema de normas capaz de exaurir todos os tipos de conflitos provenientes das relações interprivadas. Todavia, a crescente complexidade das relações jurídicas, aliada ao progresso econômico e à criatividade inovadora da prática mercantil, posteriormente revela a incompletude do sistema assim concebido para a resolução de todos os tipos de problemas.

¹³ O século XVIII é o cenário da filosofia kantiana e da consolidação das codificações. A doutrina da autonomia da vontade tem como seu principal defensor Immanuel Kant, segundo o qual a vontade individual é a única fonte de toda e qualquer obrigação jurídica, e, conseqüentemente, é a única fonte de justiça. Assinala Kant que “*quand quelqu’un décide quelque chose à l’égard d’un autre, dit-il, il est toujours possible qu’il lui fasse quelqu’injustice; mais toute injustice est impossible dans ce qu’il décide pour lui-même*”, de modo que a autonomia da vontade é elevada a imperativo categórico de ordem moral (GHESTIN, J., *Traité du droit civil*, p. 29. Na tradução livre: “quando alguém decide alguma coisa a respeito de outro, diz-se, é sempre possível que ele cometa alguma injustiça; mas, toda injustiça é impossível quando ele decide sobre ele mesmo”). Consolidadas no século XVIII – considerada a não-linearidade desse processo – as codificações oitocentistas – destacam-se, dentre elas, o Código Napoleônico de 1804, o Código Civil Italiano de 1865 e o Código Civil Alemão (BGB) de 1896/1900 – promoveram o fechamento do sistema jurídico devido à presunção de plenitude, decorrente da pretensão de tudo regular e de não possuir lacunas, revelando que os Códigos tinham por destinatário um sujeito unitário, e como fios condutores o princípio da igualdade (por meio do qual os sujeitos são considerados iguais entre si, em que pese tratar-se de uma igualdade meramente formal, em face da desproporcional distribuição dos recursos) e a propriedade privada.

Especialmente no final do século XVIII, defronte a um capitalismo comercial em plena expansão na Europa Ocidental, despontavam reclames em prol da segurança jurídica e a autonomia privada fincava suas raízes como instrumento de afirmação da liberdade individual, enquanto direito fundamental dos cidadãos, frente ao exercício arbitrário e despótico do poder público.

No século seguinte – XIX – por meio da revolução liberal e burguesa, encabeçada pela Revolução Francesa, a autonomia privada foi consagrada como um dos princípios fundamentais do Estado de Direito¹⁴. Também definido como Estado Liberal, seu maior fim era garantir o desenvolvimento autônomo e a expansão da liberdade econômica.

O período liberalista, fruto da Revolução Industrial, caracterizou-se pela afirmação dos indivíduos como livres e iguais¹⁵, pela oposição entre Estado e cidadão e pela não intervenção (daquele) nas relações interprivadas, e pelas codificações, centralizadas nas idéias-forças da autonomia privada e da propriedade privada.

Os Códigos trouxeram, consoante a expressão utilizada por Judith Martins-Costa¹⁶, o “mito da lei”, como fonte suprema, fruto da “vontade geral” e aplicável a todos, construindo o sistema fechado sob o núcleo da propriedade¹⁷ e

¹⁴ O Estado de Direito, garantidor da liberdade e da autonomia individual, tinha por principais características o primado da lei, no sentido de que todos os poderes derivam dela; a divisão dos poderes em legislativo, executivo e judiciário; a generalidade e a abstração das regras jurídicas, na medida em que a aplicação das normas compreenderia todas as pessoas da comunidade e faria referência a uma infinidade de ações. Neste contexto, onde a sociedade civil e o mercado (considerados o reino da liberdade) contrapunham-se ao Estado (poder público), o Código Civil representava o estatuto central do ordenamento jurídico e atuava como fonte principal do direito privado. No Estado de Direito o juiz está subordinado à letra da lei e a sua passividade satisfaz a reclamada segurança jurídica nas relações interprivadas.

¹⁵ A implantação do capitalismo por meio da Revolução Industrial desvinculou o trabalhador dos meios de produção, deixando a propriedade (da terra) de ser fator de atribuição de qualidade jurídica ao homem. Todo ser humano passa a ser considerado sujeito jurídico, na medida em que o ordenamento lhe confere personalidade jurídica. PRATA, A., *A tutela constitucional da autonomia privada*, p. 9, assevera que essa alteração na perspectiva é apenas aparente, pois que não ocorre a total desvinculação entre personalidade e propriedade, haja vista aos homens ser reconhecido um direito de propriedade, qual seja o direito sobre si mesmos, além de existir, nas relações jurídicas, uma igualdade meramente formal entre os sujeitos.

¹⁶ Id., *A boa-fé no direito privado...*, p. 178.

¹⁷ No século XIX, a propriedade privada adquiriu o *status* de instituto central do direito privado e sob o qual se constituíram os códigos oitocentistas. À propriedade moderna foi atribuído caráter essencialmente econômico e foi concebida como poder direto e absoluto sobre uma coisa determinada. Sua proteção pela lei era justificada sob dois aspectos: direito subjetivo e instituto jurídico. Enquanto direito subjetivo, o direito à propriedade sobrevinha do princípio do direito natural e do contrato social, onde, conjuntamente com a liberdade e a segurança, representava um direito inerente a todo homem em razão da necessidade da sua subsistência, ao passo que, enquanto instituto jurídico, a propriedade privada representava um direito inviolável e impassível de supressão pelo Estado. De acordo com LOTUFO, R., *Curso avançado de direito civil*, p. 67, o

reconhecendo a liberdade natural do homem de auto-regular os seus interesses e as suas relações jurídicas como direito subjetivo fundamental. Esta liberdade é “a *liberdade de iniciativa* da classe emergente, a qual se expressa pela *vontade*, fonte geradora dos direitos e deveres, e é tutelada pela lei, uma lei que garante a expressão ‘livre’ da vontade individual, para isto assegurando-lhe um imenso espaço jurídico”¹⁸.

Sob influência da Pandectística alemã¹⁹, na segunda metade do século XIX, postulava-se pela completude do sistema de direito privado²⁰ em virtude das codificações civis oitocentistas, erigindo o dogma da autonomia da vontade ao posto de ferramenta necessária ao desenvolvimento do comércio, ligado à idéia de segurança jurídica e de obrigatoriedade do contrato.

A dogmática alemã solidificou a idéia codificatória, construindo um sistema fechado e dotado de unidade, dela eliminando a reflexão metafísica e a consideração ética, “acerca do que deveria ser o direito para aceitar o que deve ser, ‘dever ser’ este estabelecido com anterioridade à investigação, porquanto posto por ato de autoridade”²¹. Uma vez eliminada tal reflexão ética, consolida-se

primeiro grande código foi o Código Civil francês, tendo a propriedade e o contrato como símbolos da igualdade e da liberdade. E, a partir do reconhecimento da propriedade como direito fundamental do cidadão, a autonomia privada constituiu o princípio fundamental do direito privado, tendo no contrato seu principal instrumento para conduzir a circulação de riqueza e o livre jogo das forças de mercado.

¹⁸ MARTINS-COSTA, J., *A boa-fé no direito privado...*, p. 182.

¹⁹ Atenta MARTINS-COSTA, J., op. cit., p. 178, para a não univocidade no modelo sistemático fechado traçados pela ordem jurídica francesa e pela Pandectística alemã. Embora ambos os modelos tenham suas raízes na filosofia jusracionalista, os paradigmas são diversos. O *Code Civil* possui sua base jusracionalista sob os idéias iluministas, onde a lei é o instrumento essencial, ao passo que o modelo adotado pelo BGB, sob influência da Pandectística, exprime as suas normas por meio de uma construção sistemática. Daí porque o Código Civil alemão – BGB – possui uma metodologia diversa, contemplando uma “Parte Geral”, na qual são dispostos conceitos atinentes aos institutos disciplinados por todo o código e que devem vigorar em todo o direito, e livros específicos, pertinentes ao regramento das relações jurídicas individuais, concernentes às obrigações, às coisas, à família e às sucessões. Oportuna a ressalva feita por LOTUFO, R., *Curso avançado de direito civil*, p. 67, embora não unânime na doutrina nacional: “o Código alemão, BGB, foi o primeiro grande código a ter um sistema orgânico, porque o Brasil não havia aproveitado o projeto de TEIXEIRA DE FREITAS, que foi o primeiro, no mundo, a propor uma parte geral, servindo de referência e ligação com os demais livros especiais”.

²⁰ A doutrina oitocentista propugnava pela bipartição do ordenamento em direito público e direito privado, fruto da forte influência do liberalismo político-econômico. Isto porque o direito privado foi “*associato al regno apolitico dell’economia, mentre il diritto pubblico fu definito come diritto della Costituzione e dell’apparato amministrativo*” (RAISER, L., *Il compito del diritto privato*, p. 223. Na tradução livre: “associado ao reino apolítico da economia, enquanto o direito público foi definido como direito da Constituição e do aparato administrativo”). E, nesta época de codificações, a construção do direito privado partiu de uma ordem objetiva e de uma esfera humana a que ITURRASPE, J.M., *Interpretacion economica de los contratos*, p. 26, denomina *asocial e apolitica*.

²¹ MARTINS-COSTA, J., op. cit., p. 214.

o direito privado erigido sob o dogma da vontade, garantido pela autoridade estatal.

A Pandectística germânica procurou, assim, “transportar do plano filosófico-jusnaturalista ao plano jurídico-positivo, a idéia do indivíduo-sujeito de direito e aquela do ‘poder (*potestà*) da vontade’ do indivíduo como único motor do Direito Privado”²². Sob tais bases foi elaborada a noção de “negócio jurídico” como “declaração de vontade”, uma vez que derivada do dogma (da vontade) por ela constituído, sob uma concepção individualista e abstrata²³ e tendo como pilares a propriedade e o contrato, sob os quais a autonomia do indivíduo poderia ser exercida de forma plena.

O negócio jurídico passa a representar a expressão máxima da autonomia privada, “pois por meio dele criam-se, modificam-se ou extinguem-se relações jurídicas, estabelecendo as regras disciplinadoras dos comportamentos das partes”²⁴.

É obra de Savigny²⁵ a elaboração de um direito privado patrimonial homogêneo, unificado em torno da idéia de “domínio” fundada em uma relação jurídica e caracterizada pelo domínio parcial do credor sobre a liberdade do devedor.

As Constituições liberais, preocupadas com a garantia jurídico-formal dos direitos e liberdades fundamentais, determinavam que a liberdade e os direitos dos indivíduos não poderiam ser sufocados ou reprimidos pelo poder do Estado, limitando a sua interferência a edificar uma sociedade de homens livres e iguais – muito embora tal igualdade se concretizasse apenas de modo formal.

²² GIORGIANI, M., *O direito privado e as suas atuais fronteiras*, p. 39.

²³ BETTI, E., *Teoria generale del negozio giuridico*, p.68, critica a expressão “declaração de vontade” como definidora do “negócio jurídico”, arguindo que tal enunciação, inspirada no dogma da vontade, corresponde a uma tentativa de resumir o negócio jurídico a um elemento subjetivo, qual seja, a própria vontade. Ao contrário, pretende o jurista italiano destacar que o elemento “vontade” é necessário para qualificar “negócio jurídico”, todavia àquela deve estar exteriormente reconhecida no ambiente social, a fim de que possa adquirir relevância em confronto com os demais consorciados e a fim de obter a tutela do ordenamento jurídico. Não pretende o jurista negar a existência do instituto da vontade na qualificação do negócio jurídico, mas ter em conta que a mesma se exaure na declaração ou no comportamento, e nele sem mantêm absorvida, fazendo surgir o preceito da autonomia privada, enquanto entidade duradoura e externa da pessoa, autora da vontade, adquirindo relevância social.

²⁴ OLIVEIRA, U.M., *Princípios informadores do sistema de direito privado...*, p. 52.

²⁵ Sobre o tema e críticas à visão savignyana esboçada pela Pandectística alemã, vide ZIMMERMANN, R., *Il BGB e l'evoluzione del diritto civile*, p. 630.

A função da lei se resumia à proteção da vontade criadora e à garantia da realização dos efeitos pretendidos pelos contratantes, desconsiderando a situação econômica e social destes.

O princípio da autonomia privada se afirma, pois, em função do livre desenvolvimento da personalidade, reconhecendo a possibilidade de autoregulação das relações privadas (instrumentalizada por meio dos contratos) e a criação de entes jurídicos e dos seus respectivos ordenamentos. Funciona como “verdadeiro poder jurídico particular de criar, modificar ou extinguir situações jurídicas próprias ou de outrem”²⁶, protegendo-se o interesse do particular independentemente do grau de relevância social refletido pelo negócio jurídico firmado, enquanto manifestação da autonomia privada e afirmação da liberdade individual.

Ana Prata²⁷ esclarece que a autonomia privada ou, ainda, a liberdade negocial, “traduz-se pois, no poder *reconhecido* pela ordem jurídica ao homem, prévia e necessariamente qualificado como sujeito jurídico, de juridicizar a sua actividade (designadamente, a sua actividade económica), realizando livremente negócios jurídicos e determinando os respectivos efeitos”.

Neste sentido, é a definição de autonomia privada dada por Pietro Perlingieri²⁸, que a considera, em geral, “o poder, reconhecido ou concedido pelo ordenamento estatal a um indivíduo ou a um grupo, de determinar vicissitudes jurídicas (...) como consequência de comportamentos – em qualquer medida – livremente assumidos”.

Acrescenta Antônio Manuel da Rocha Menezes e Cordeiro²⁹ que a autonomia privada introduz, em todo o Direito, pela livre opção facultada aos sujeitos, uma idéia de liberdade, cujas consequências assumem uma feição material positiva e negativa: a primeira – positiva – representada pela liberdade de agir, e a segunda – negativa – pela defesa contra intromissões exteriores, ambas modelando o regime da autonomia privada.

²⁶ AMARAL, F.P., *Direito civil - introdução*, p. 338.

²⁷ Id., *A tutela constitucional da autonomia privada*, p. 11.

²⁸ Id., *Perfis do Direito Civil*, p. 17. O jurista aduz, em outra oportunidade, que a autonomia privada pode ser exercitada por sujeitos públicos e por sujeitos privados, não sendo reservada apenas a estes últimos. Argüi que se trata de autonomia privada aquela exercida por um ente público que decida operar no mercado, uma vez deter capacidade de agir. (Id., *Manuale di diritto civile*, p. 337).

²⁹ Id., *Tratado de Direito Civil Português*, p. 393.

A autonomia privada então postulada no século XIX, enraizada nos ordenamentos jurídicos liberais, confere legitimidade aos particulares para a autoregulação de suas vontades e de seus interesses, e, conseqüentemente, para a auto-ordenação das suas relações jurídicas, exprimindo-se, sobretudo, por meio do princípio da liberdade contratual.

Do dogma da vontade advém quatro princípios elementares à doutrina liberal, quais sejam: a) princípio da liberdade contratual, pelo qual as partes têm a faculdade de escolher se contratam ou não, com quem contratam e de livremente fixarem as cláusulas e os termos do contrato; b) princípio do consensualismo, onde se impõe igualmente a liberdade contratual quanto à forma do contrato, exceto nos casos em que a lei determine forma específica para a sua validade; c) princípio da força obrigatória dos contratos, segundo o qual a vontade obriga não apenas às partes, como também ao juiz, estabelecendo uma “lei” entre os contratantes, que se vinculam ao cumprimento das obrigações assumidas pelas suas vontades (*pacta sunt servanda*); e, ainda, o d) princípio do efeito relativo dos contratos, por meio do qual os contratos produzem efeito apenas entre as partes contratantes, não podendo prejudicar terceiros.

A liberdade, valor jurídico fundamental da autonomia privada, conduz o sujeito – pessoa – à idéia de causa do sistema social e jurídico em que se insere, porque sua vontade, manifestada livremente, é considerada instrumento de realização da justiça. Tal ocorre por meio do contrato, principal ferramenta de consolidação dos ideais liberais propagados pela Revolução Francesa.

A doutrina clássica, neste íterim, assinalava que “todo contrato é justo” pois que decorrente do querer, isto é, da vontade das partes³⁰; e, sendo justo o contrato, propugnava-se pela ampla liberdade de contratar, relacionada à livre escolha, pelos contratantes, das condições contratuais, do tipo de pacto a ser celebrado, inclusive no acordo acerca de tipos inéditos que possam vir a criar, no intuito de regular uma relação jurídica.

³⁰ Assinala GHESTIN, J., *Traité du droit civil*, p. 34, que a doutrina da autonomia da vontade importou, concomitantemente, no reconhecimento e na amplificação de todo o poder do contrato, uma vez que tal concepção defendia a vontade, tal como a lei, detentora do poder de “criar o direito”.

A liberdade de contratar, decorrente do poder da autonomia privada, tinha por limites apenas considerações de ordem pública e dos bons costumes³¹. Em havendo observância a esses dois preceitos, as relações jurídicas privadas eram consideradas válidas e passavam a obrigar as partes como se lei fosse.

O poder da vontade poderia, então, ser limitado pela lei tão somente, e, ainda, por poucos limites e em sentido negativo. Vale dizer, “a lei apenas tem o poder de assinalar as fronteiras, muito largas, dentro das quais a liberdade individual poderia mover-se e expandir sem contrariedades, tais quais a fórmula dos bons costumes e as limitações subjetivas, atinentes à capacidade”³². Eventuais limites positivos, postos pela lei ou pelo Judiciário, que impusessem deveres aos sujeitos em contraposição às suas vontades não eram tolerados.

Os limites negativos à liberdade contratual eram concebidos como puras e simples proibições, assinalando apenas externamente fronteiras dentro das quais a liberdade contratual poderia ser exercida sem controle. Segundo Enzo Roppo³³, esses limites negativos seriam a não conclusão de certo contrato ou a não inserção de certa cláusula no instrumento contratual. De outro lado, não eram admitidos vínculos ou limites positivos, tais como imposições aos sujeitos, contra as suas vontades, de “estipulação de um certo contrato, ou a estipulação com um sujeito determinado, ou por um certo preço ou em certas condições: os poderes públicos – legislador e tribunais – deviam abster-se de interferir, a que título fosse, na livre escolha dos contraentes privados”³⁴.

A relação entre a forma e o conteúdo dos códigos conduziu a um particular tipo de paradigma metodológico que desenhará, por sua vez, o paradigma do jurista como um técnico e completará o tipo de compreensão do direito como um sistema fechado. O raciocínio jurídico e, por extensão, a interpretação das normas jurídicas amarram-se fortemente ao conteúdo no texto da lei, ponto de referência exclusivo do jurista, o qual entende ter por missão deduzir passivamente os dados que lhe são transmitidos pela vontade da lei ou pela vontade do legislador, realizando a operação de subsumir um determinado ato, fato ou relação jurídica

³¹ Sob a égide do Estado de Direito e do império do capitalismo liberal, os limites da autonomia privada são a ordem pública e os bons costumes. Por ordem pública entende-se o “conjunto de normas jurídicas que regulam e protegem os interesses fundamentais da sociedade e do Estado e as que, no direito privado, estabelecem as bases jurídicas fundamentais da ordem econômica” (AMARAL, F.P., *Direito civil – introdução*, p. 339). E, por bons costumes, tem-se o “conjunto de regras morais que formam a mentalidade de um povo e que se expressam em princípios como o da lealdade contratual, da proibição de lenocínio, dos contratos matrimoniais, etc.” (Ibid., loc. cit.).

³² MARTINS-COSTA, J., *A boa-fé no direito privado*, p. 203.

³³ Id., *O contrato*, p. 32.

³⁴ Ibid., loc. cit.

em uma ou outra determinada qualificação normativa também já previamente delimitada³⁵.

A atividade judicial limita-se, portanto, à subsunção do fato à norma, de modo que a justiça contratual se resume, sob a égide liberal, à vontade livre dos contratantes, isto é, em havendo a vontade livremente manifestada pelos contratantes, automaticamente se perfaz a justiça na relação contratual.

Neste contexto, a Revolução Industrial promoveu a urbanização, resultado do crescimento exponencial da população que migrou do campo para as cidades, seduzida pela promessa de trabalho, de melhores salários e condições de vida. O desenvolvimento econômico propiciado pela invenção das máquinas gerou inúmeros investidores no setor fabril, e, por consequência, a produção de bens em série, alimentando a índole consumista da sociedade, e dando azo à concentração capitalista e à massificação da sociedade e do contrato.

Novas estruturas de poder emergiram do capitalismo industrial e passaram a gerar tensões internas na sociedade, uma vez que a paridade e a igualdade nas relações contratuais mostravam-se superficiais e meramente formais. O desmedido e arrebatado exercício da autonomia privada consagra a exploração da liberdade do homem. Empregados e consumidores passaram a enfrentar abusos, na medida em que eram submetidos ao conteúdo do contrato preestabelecido pelos fabricantes, detentores do maior poderio econômico, tendo as suas vontades delimitadas à adesão aos termos do contrato então delimitados. A igualdade das partes contratantes – símbolo da revolução liberal em prol dos direitos individuais – era mantida somente sob o texto legal, isto é, formalmente, porque a realidade apresentava-se diversa.

A relação contratual despersonalizou-se. A massificação contratual foi viabilizada pela nova estrutura contratual introduzida pelos fabricantes na sociedade: o contrato de adesão³⁶, cujos termos são prévia e unilateralmente elaborados por uma das partes, limitando-se a contraparte a subscrevê-lo ou não.

³⁵ MARTINS-COSTA, J., op. cit., p. 268.

³⁶ Os fabricantes, no afã de ampliar as relações jurídicas com as mais diversas pessoas, introduziram, no bojo das relações interprivadas, os *contratos de adesão*, no intuito de tratar todas as pessoas de igual modo, entretanto, subordinando e delimitando a vontade dos aderentes aos termos do conteúdo padronizado oferecido. Houve, assim, a despersonalização da relação contratual, na medida em que o consumidor detinha liberdade apenas de aderir ou não aos termos a ele apresentados, limitando-se a subscrever, ou não, o contrato. A liberdade contratual é mitigada em prol da celeridade e da massificação contratual.

O problema jurídico causado pelos contratos de adesão, contendo condições gerais de contratação e elaborados exclusivamente por um dos contratantes, não se concentra apenas no fato de privarem o aderente de sua liberdade de disposição, “mas por colocá-lo por inteiro ao alcance do predisponte, o que dá azo, como se sabe, aos conhecidos desequilíbrios e abusos”³⁷.

A sociedade depara-se com a necessidade de frear os “egoísmos individuais” e com o desmascaramento dos (supostos) benefícios trazidos pela “mão invisível” do capitalismo liberal. O inconformismo com as condições contratuais iníquas e com a exploração dos hipossuficientes, onde a contratação de adesão oportunizava abusos e a inserção de cláusulas desequilibradas em detrimento dos legítimos interesses dos aderentes, levou a sociedade a reivindicar providências do poder público, exigindo segurança e equilíbrio nas relações interprivadas.

Assim, preocupações em torno da implantação e do asseguramento de direitos sociais despontam no seio de uma sociedade massificada, especialmente após a 1ª Guerra Mundial, corroborados pelas correntes de pensamento socialistas e pela doutrina social alemã, que clamam pela necessidade de reformas. Tais fatos, aliados ao impacto e às consequências da 2ª Guerra Mundial, conduziram ao Estado Social, sobrelevando-o ao Estado de Direito.

As transformações econômicas e sociais do pós-guerra permitiram a manifestação, no seio da sociedade moderna, de uma nova forma de Estado, o Estado Social. Por meio deste, a autoridade pública, que no período anterior – do Estado Liberal – preocupava-se somente com a segurança e a ordem pública interna e a defesa das fronteiras, passa a atuar de modo penetrante na sociedade, intervindo no processo econômico, “*con provvidenze a favore dell’economia, con la gestione diretta di servizi pubblici (trasporti, servizi assistenziali, servizi medici, e così via), con la disciplina dei rapporti privati relativi al commercio (disciplina dei prezzi, disciplina del credito, delle assicurazioni, ecc.)*”³⁸.

A intervenção do Estado Social na ordem econômica tem por objetivo remover as desigualdades resultantes do poder econômico das partes que se põem

³⁷ BELMONTE, C.P., *Principais reflexos da sociedade de massas no contexto contratual contemporâneo...*, p. 139.

³⁸ ALPA, G., *Istituzioni di diritto privato*, p. 22. Na tradução livre: “com providências a favor da economia, com a gestão direta dos serviços públicos (transporte, serviços assistenciais, serviços médicos, e assim por diante), com a disciplina das relações privadas relativas ao comércio (disciplina dos preços, disciplina do crédito, das garantias, etc.)”.

a contratar em uma sociedade massificada – como a que se apresenta no período pós-industrial – e em pleno desenvolvimento do comércio, da comunicação e da tecnologia. Também visa responder à instância de solidariedade, por meio de medidas reguladoras e de controle, adquirindo acesso a territórios *a priori* de relações entre privados. Altera-se a posição ocupada pelo indivíduo no contexto social, na medida em que interesses individuais passam a estar subordinados aos interesses da coletividade. A autonomia privada resta restringida pela atuação estatal na economia em favor da concretização da função social inerente a toda atividade econômica³⁹.

O surgimento do Estado Social proclama a revalorização do homem, reclamando a atuação do Estado no domínio dos interesses privados e a revisão dos institutos clássicos do direito privado, visando o “repensar das relações jurídicas em torno da pessoa e sua revalorização como centro das preocupações do ordenamento civil”⁴⁰.

Deste modo, os países da Europa Ocidental – berços da industrialização moderna – presenciaram mudanças qualitativas nas suas Cartas Constitucionais, decorrentes da atuação de movimentos contrários ao despotismo político e econômico, defensores de uma relação entre Estado e cidadãos não como opositores ou membros de esferas diversas, mas como protagonistas de uma mesma história.

O Estado passa a intervir na ordem econômica, estreitando o espaço de atuação da autonomia privada e ampliando a incidência de normas de ordem pública e de natureza cogente, visando o restabelecimento do equilíbrio então quebrado pela despersonalização das relações contratuais e a proteção da parte vulnerável da relação jurídica intersubjetiva.

O dirigismo econômico reflete o reconhecimento da hipossuficiência do trabalhador e do consumidor, partes cuja posição na relação contratual apresenta-

³⁹ GRISI, G., *L' autonomia privata...*, p. 69, apoiado nas lições de Pietro Barcellona, assinala que a lógica da intervenção do Estado na ordem econômica se exprime através da imposição de um conteúdo concreto positivo sobre o comportamento do privado, de forma a incidir qualitativamente sobre a liberdade de iniciativa. No bojo do Estado Social, a Constituição econômica implica na assunção pelo Estado da função diretiva do processo econômico, a qual sujeita os comportamentos individuais e de grupo a um vínculo imanente de destinação e finalidade supra-individual àquela inerente.

⁴⁰ FACHIN, L.E.(coord.), *Repensando fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*, p. 145.

se como economicamente mais débil, pretendendo tutelar a igualdade real dos contratantes.

As normas reguladoras da atividade econômica, de ordem pública, apontam para interesses sociais preponderantes sobre os interesses individuais, o que indica “o declínio da autonomia da vontade como o principal fator modificativo do contrato privado”⁴¹. Neste íterim, a Constituição⁴² perde o caráter de mera fonte suprema de direito público, reguladora da forma de governo e garantidora do direito à liberdade dos cidadãos, para se tornar, concomitantemente, lei fundamental de direito privado, reguladora das relações entre particulares⁴³.

Deste modo, perde o Código Civil, para a Constituição, a posição de centralidade do ordenamento jurídico, na medida em que o texto constitucional (re)coloca a pessoa humana – e não o patrimônio – no centro do ordenamento.

O intervencionismo estatal na ordem econômica se perfaz para remover as desigualdades e impulsionar a solidariedade⁴⁴, limitando a autonomia privada em

⁴¹ LISBOA, R.S., *Manual de direito civil...*, p. 68.

⁴² Destaque para a Constituição de Weimar, de 1919, precursora das demais Cartas Constitucionais do Ocidente europeu, no início do século XX, no sentido de afastar a contraposição entre Códigos e Constituição, apontando para os reflexos públicos dos atos privados. Tal alusão faz BARCELLONA, P., *Diritto privato e società moderna*, p. 113, ao assinalar que “*questo programma viene attuato mantenendo in vita e riaffermando i diritti fondamentali, caratteristici dello Stato di diritto liberale (cioè i diritti inviolabili dell'uomo) e introducendo, accanto a questi, il principio di solidarietà sociale*” (Na tradução livre: “este programa atua mantendo vivos e reafirmando os direitos fundamentais, característicos do Estado de Direito Liberal (isto é, os direitos invioláveis do homem) e introduzindo ao lado destes, o princípio da solidariedade social”). A Constituição de Weimar, em seu artigo 153, última alínea, dispõe que “A propriedade obriga. Seu uso deve ser, por igual, um serviço ao bem comum”, introduzindo o dever de exercício da propriedade consoante a sua função social, ou seja, de acordo com a sua destinação natural e suas necessidades sociais.

⁴³ Dentre as teorias da relação entre norma constitucional e norma ordinária, a posição aceita, segundo PERLINGIERI, P., *Perfis do direito civil*, p. 11, é a preconizada pela teoria da aplicabilidade direta. Tal entendimento versa no sentido de as normas constitucionais constituírem, além de regras hermenêuticas, regras de comportamento, disciplinando relações jurídicas de direito civil. É eficaz a norma constitucional em face das relações jurídicas interprivadas, havendo ou não norma ordinária específica, na medida em que a normativa constitucional funcionaliza as relações subjetivas ao inserir novos valores, de cunho social.

⁴⁴ De grande valia os ensinamentos de GRISI, G., *L'autonomia privata...*, p. 64, ao apontar, fazendo referência à Constituição Italiana de 1948, a diferença de perspectiva entre “*lo Stato spettatore e lo Stato attivamente impegnato nella modificazione della realtà sociale attraverso interventi che hanno la precisa volontà di realizzare finalità sociali*” (Na tradução livre: “o Estado expectador e o Estado ativamente empenhado na modificação da realidade social por meio de intervenções que têm a intenção de realizar uma finalidade social”). Acrescenta BUSSANI, M., *I singoli contratti...*, p. 11, que o dirigismo econômico submete os atos de autonomia privada a um duplo controle, qual seja o controle de legitimidade e o de mérito, a fim de verificar a utilidade social do instrumento contratual, buscando promover, neste íterim, a solidariedade. Isto porque o Estado Social moderno chamou para si as funções de “promotor ativo do bem comum e de garante da justiça social” (PEREIRA, C.M.S., *Instituições de Direito Civil*, vol. III, p. XIV).

nome da eficiência do mercado e promovendo, neste, a igualdade material das partes, por meio da sobreposição dos interesses do grupo aos interesses individuais⁴⁵. O ordenamento jurídico volta-se para a tutela da igualdade substancial (e não meramente formal).

A intervenção do Estado na economia o faz assumir uma função diretiva do processo econômico, sujeitando os comportamentos individuais e de grupo a um vínculo de finalidade supra-individual através da imposição de um conteúdo concreto positivo sobre o comportamento dos privados, de modo a incidir qualitativamente sobre a liberdade de iniciativa.

A liberdade privada – tal como concebida pelo ímpeto liberalista – apresentou-se insuficiente para a satisfação das necessidades de todos os homens. A nova sociedade passa “a pensar o produto desta liberdade, o negócio, como instrumento de realização dos interesses privados e não como afirmação da liberdade”⁴⁶.

As mudanças sociais e econômicas decorrentes da Revolução Industrial e Tecnológica demonstram as tendências sociais da idade contemporânea e a necessidade de realização da igualdade no campo material das relações jurídicas intersubjetivas. A standardização retira, em parte, a liberdade dos sujeitos na formação do contrato, de modo que a intervenção do Estado na ordem econômica mostra-se indispensável para a realização da justiça distributiva e dos valores fundamentais da ordem jurídica – segurança, liberdade, igualdade, paz social e bem comum – no sentido de equilibrar as forças econômicas (e sociais) em constante conflito.

Assinala Heloísa Carpena Vieira de Mello⁴⁷ que a intervenção na economia contratual visa, por derradeiro, à harmonização dos interesses, pautando o comportamento das partes conforme deveres de lealdade, confiança e cooperação, isto é, em consonância com a boa-fé objetiva, “cuja observância deve

⁴⁵ O dirigismo econômico, no sentido de controlar os atos de autonomia privada não importa, ao contrário do que possam sustentar alguns, na exclusão do instituto, mas tão somente pré-estabelecer limites dentro dos quais a iniciativa privada pode se desenvolver. Neste sentido preleciona NALIN, P., *Contrato & Sociedade: princípios de direito contratual*, vol. 2, p. 30, ao afirmar que, apesar da existência de limites, não querem estes significar na alteração da essência da autonomia privada, mas sim que a idéia de autonomia privada coexiste à idéia de um limite, na medida em que a esfera de liberdade é concedida pelo ordenamento jurídico.

⁴⁶ PRATA, A., *A tutela constitucional da autonomia privada*, p. 22.

⁴⁷ FERREIRA, A.H., *O novo Código Civil – discutido por juristas brasileiros*, p. 318.

se sobrepor aos interesses egoísticos dos contratantes e, ao mesmo tempo, salvaguardar os princípios constitucionais sobre a ordem econômica”.

Destarte, o espírito de sociabilidade permeia o atual Estado Social, determinando a realização da justiça social e o predomínio dos interesses gerais sobre os individuais.

O Estado impõe como limite à autonomia privada o interesse público, os bons costumes, a boa-fé objetiva e a proteção do contratante mais vulnerável, não havendo oposição propriamente dita à liberdade contratual. Não se trata de eliminar o princípio da autonomia da vontade do ordenamento jurídico, mas controlar a sua força de atuação. Em verdade, busca o Estado, por meio da intervenção na ordem econômica, garantir tal liberdade e, de igual modo, a livre concorrência, apenas evitando a que for desleal e protegendo os consumidores e empregados contra abusos do poderio econômico.

O dirigismo estatal, diante da prática cada vez mais freqüente dos contratos de adesão e da despatrimonialização, tendo como pano de fundo a diminuição da intensidade da autonomia privada, busca atender aos desafios e às novas realidades da sociedade contemporânea.

O contrato deixa de expressar diretamente a personalidade do seu autor e de ser instrumento de satisfação de interesses individuais, para se voltar para o ambiente social em que se manifesta, de modo a se transformar em um “*instrumento objetivo e impessoal*, para adequar-se à objetividade e impessoalidade do moderno sistema de relações econômicas”⁴⁸.

Na fase de apogeu da autonomia da vontade, somente esta servia de medida para a extensão do conteúdo da relação obrigacional. Não se concebiam deveres fora do âmbito da vontade e da lei, e daqueles resultantes do delito.

⁴⁸ ROPPO, E., *O contrato*, p. 309. Acrescenta o jurista que, apesar da transformação do contrato visando a sua adequação ao novo tipo de mercado – diga-se, aquele mercado de massas, surgido com a economia industrial do século XX, continua o instituto a ser instrumento da liberdade de iniciativa econômica, sob a orientação do princípio da autonomia privada, porém ligado à exigência de condutas éticas. E tal afirmativa se estende ao período assinalado pela doutrina nacional e estrangeira como “pós-moderno”, consubstanciado em uma realidade pós-industrial, na multiplicidade das culturas, na euforia do mercado e da globalização, no neo-liberalismo, nas terceirizações, na comunicação irrestrita, na informatização e na acumulação de bens imateriais, que não retira do contrato a sua importância como instrumento de circulação de riquezas, mas lhe acrescenta a função de instrumento de convivência social e de atendimento ao princípio da função social.

Com a eticização do direito, porém, surge um “valor autônomo, não relacionado com a vontade”, o qual integra a boa-fé e possibilita “um tratamento objetivo da relação obrigacional”⁴⁹.

A liberdade contratual do sujeito – restrita em detrimento da estandardização contratual – cede espaço para a função que o mesmo desempenha por meio das suas relações jurídicas. Visa-se à eficácia social do instituto da autonomia privada, de modo a dirigir a livre circulação de bens e da prestação de serviços à utilidade social que possam representar, com vistas ao bem comum e à justiça distributiva.

Assim, o contrato deixa de ser mero instrumento econômico, como preconizado pelos ideais liberais, para ser instrumento de convivência social no contexto pós-moderno.

A autonomia privada, outrora preconizada como “garantia da liberdade dos cidadãos em face do Estado, é relativizada em prol da *justiça substancial*, com o eixo da relação contratual se deslocando da *tutela subjetiva da vontade* à *tutela objetiva da confiança*”⁵⁰.

Desta forma, importa salvaguardar, além do consentimento – livre de vícios para que seja válido o contrato ou a relação jurídica obrigacional – a posição econômica do mais fraco na contratação em massa.

A idéia de função social, quer da autonomia privada, quer do contrato, está claramente determinada pela Carta Constitucional Brasileira⁵¹. O legislador constituinte, ao fixar entre os fundamentos da República o valor social da livre iniciativa, predispõe que tais institutos deixam de ser meros instrumentos do poder de autodeterminação privado e da promoção de interesses particulares, para realizar, conjuntamente, interesses da coletividade.

Neste sentido leciona Francisco Piedade Amaral⁵²:

⁴⁹ OLIVEIRA, U.M., *Princípios informadores do sistema de direito privado...*, p. 56.

⁵⁰ TEPEDINO, G. (coord.), *Problemas de Direito Civil-Constitucional*, p. 176.

⁵¹ Dispõe o artigo 1º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988, *in verbis*: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) IV- os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”. Insta acrescentar que a autonomia privada expressa, no campo constitucional, a liberdade de iniciativa econômica, enquanto “princípio básico da ordem econômica e social. São conceitos correlatos, mas não coincidentes, à medida que a primeira focaliza o aspecto econômico, e a segunda, o jurídico, do mesmo fenômeno, havendo, entre eles, uma relação instrumental” (AMARAL, F.P., *Direito civil - introdução*, p. 349).

⁵² Id., *Direito civil - introdução*, p. 358.

Consagrada, assim, a função econômico-social dos institutos jurídicos e, implicitamente, da autonomia privada, temos que o exercício deste poder jurídico deve limitar-se, de modo geral, pela ordem pública e pelos bons costumes e, em particular, pela utilidade que possa ter na consecução dos interesses gerais da comunidade, com vistas ao desenvolvimento econômico e ao seu bem-estar social.

É na utilidade social do instituto privado que repousa a exigência de que “atos e atividades não contrastem com a segurança, a liberdade e a dignidade humana”⁵³, valores fundamentais do Estado Social.

A história jurídica brasileira, desde a descoberta do país, teve sua ordem ditada pelo Direito Português. Mesmo após a independência do Brasil, em 1822, então reconhecida pelo governo lusitano, o Direito Brasileiro conservou o direito civil das Ordenações Filipinas⁵⁴ enquanto não fosse organizado um novo Código.

As Ordenações Filipinas, promulgadas em Portugal no ano 1603, constituíam a reunião de um direito vigente, de origem legislativa, posto pela emanção do poder real. Esta passagem histórica leva Judith Martins-Costa⁵⁵ a afirmar que “no nosso substrato juscultural, habituamo-nos a pensar o ordenamento jurídico como o resultado de um *ato de autoridade*, recusando espaço à florescência de direitos particulares ou ‘regionais’”.

Logo as peculiaridades e condições especiais do país induziram o Direito Brasileiro a uma evolução específica, em especial no campo civil. Sob auspícios jusracionalistas de que a codificação proporciona a “completude” do sistema e a perspectiva de plenitude, em 1855 confiou-se a Teixeira de Freitas o primeiro anteprojeto de Código Civil.

Pretendia-se, com o Código Civil, torná-lo centro de um sistema harmônico, circundado por outros conjuntos normativos atinentes à regulação das relações jurídicas privadas. Esta concepção, de caráter nitidamente oitocentista,

⁵³ PERLINGIERI, P., *Perfis do direito civil...*, p. 19.

⁵⁴ A Lei de 20 de outubro de 1823 prescrevia a continuação das Ordenações e demais legislações portuguesas no Brasil Independente, a fim de que fosse mantida a continuidade da ordem jurídica, ressaltando a vigência daquelas até que se elaborasse um Código Civil. Neste sentido, a Constituição imperial de 1824 recomendou a organização de um Código Civil e outro Criminal, para o atendimento das necessidades brasileiras.

⁵⁵ Id., *A boa-fé no direito privado*, p. 240. Acrescenta, ainda, que a origem do Direito Português, e, conseqüentemente, do Direito Brasileiro, enquanto procedente do poder estatal, é o traço distintivo do Direito emanado sob solo francês e alemão, uma vez que o primeiro tem seu direito originado dos costumes, e o segundo, do direito consuetudinário.

fundava-se “no mito da igualdade abstrata dos sujeitos de direito, na homogeneidade real dos destinatários da regulação jurídica”⁵⁶.

Em virtude de desacordos, Teixeira de Freitas rompeu o contrato com o Governo Imperial, e seus trabalhos acabaram sendo repassados a outros juristas, culminando em um projeto, já na República (1890), elaborado por Coelho Rodrigues, ao final, porém, rejeitado.

Posteriormente, em 1899, incumbiu-se o jurista Clóvis Beviláqua a tarefa de elaboração de um Código Civil Brasileiro, que, após críticas, emendas e alterações, em 01 de janeiro de 1916, restou aprovado⁵⁷, assemelhando-se ao *Code Civil* napoleônico quanto a seus ideais de liberdade, fraternidade e igualdade, e ao Código Civil Alemão (BGB), na sua estrutura. O Código Civil de 1916 entrou em vigor, assim, em 1º de janeiro de 1917.

Embora nascido no século XX, o espírito que circundou o Código Civil de 1916 é, de fato, oitocentista, adotando a concepção de sistema fechado e a pretensão de completude ou plenitude legislativa. Postulava-se pela igualdade de todos perante a lei e pela garantia da livre atividade dos sujeitos.

Deste modo, “serviu o Código Civil Francês de inspiração ao Código Civil Brasileiro de 1916 que colocou a família, a propriedade privada individual e a autonomia da vontade como pilares de sustentação do sistema jurídico privado, servindo, assim, como expressão de positivação do direito natural”⁵⁸.

O legislador brasileiro de 1916, inspirado por tais diretivas⁵⁹, adotou como um de seus princípios inspiradores o da igualdade formal, consubstanciado na contratação paritária praticada sob os auspícios de uma Revolução Industrial, em

⁵⁶ MARTINS-COSTA, J., op.cit., p. 254.

⁵⁷ O Código Civil de 1916 é precedido por uma Lei de Introdução, publicada juntamente com ele porém substituída posteriormente pelo Decreto-lei nº 4.657/42, versando sobre a vigência e obrigatoriedade da lei, sobre conflitos de lei no tempo, sobre princípios de hermenêutica e sobre regras de direito internacional privado. É o Código subdividido em duas partes, uma geral e outra especial. A Parte Geral diz respeito às pessoas, aos bens, aos fatos e atos jurídicos, à teoria das nulidades e aos princípios de prescrição. A Parte Especial abrange regras referentes ao direito de família, ao direito das coisas, ao direito das obrigações e ao direito das sucessões.

⁵⁸ HANNA, M., *Repersonalização e constitucionalização...*, p. 224. Assinala, ainda, LOTUFO, R., *Curso avançado de direito civil*, p. 68, que o Código Civil Brasileiro de 1916 elaborado por Clóvis Beviláqua, também foi influenciado pelo Código Civil alemão, no que concerne à adoção de um sistema orgânico, dividido em uma parte geral e outra contendo livros especiais, proposta esta, segundo o autor, realizada primeiramente por Teixeira de Freitas em seu projeto de Código Civil, rejeitado pelo governo brasileiro à época.

⁵⁹ Importante, aqui, ressaltar que “o Código Civil brasileiro não é fruto ou projeto do século XX, mas do século anterior” (NALIN, P., *Do contrato: conceito pós-moderno...*, p. 40). A Constituição de 1824 possui uma predestinação liberal, destacando a preeminência da propriedade privada imobiliária (rural), consolidada nas mãos da burguesia cafeicultora.

um Brasil cuja sociedade ainda se manifestava “tipicamente rural, marcada pelo fortalecimento da cafeicultura”⁶⁰, em que pese estivesse em declínio, na Europa Ocidental, as codificações baseadas na ideologia liberal, e despontando o intervencionismo estatal.

A partir da década de 30, houve intensa intervenção legislativa no ordenamento civilista brasileiro com a edição de normas contendo políticas públicas⁶¹, externando valores e princípios dissonantes daqueles pregados pelo Código Civil de 1916, tornando aparente o início da sua fragmentação.

Neste contexto, a Constituição Federal de 1988 aparece como alicerce de valores e princípios sociais, voltados para a dignidade da pessoa humana e para o Estado Democrático de Direito, e se converte em “centro unificador do ordenamento civil”⁶² ao disciplinar as relações jurídicas privadas, funcionalizando os institutos de direito privado à luz de uma utilidade social e em prol do bem-estar social.

O legislador constituinte de 1988, ao estabelecer no artigo 170⁶³ que a ordem econômica brasileira se exerce conforme os ditames da justiça social e do princípio da defesa do consumidor, demarca o alcance da autonomia privada e, conseqüentemente, do poderio econômico. Volta-se, o ordenamento jurídico, por meio da intervenção estatal na ordem econômica, para a promoção da igualdade real, substancial, a fim de equilibrar as forças presentes nas relações jurídicas de modo a proteger a parte – econômica e juridicamente – mais vulnerável.

Com o intervencionismo estatal consagrado pela Constituição de 1988, institucionaliza-se a interferência do Estado nas relações contratuais, “definindo limites, diminuindo os riscos do insucesso e protegendo camadas da população que, mercê daquela igualdade aparente e informal, ficavam à margem de todo o processo de desenvolvimento econômico, em situação de ostensiva desvantagem”⁶⁴.

⁶⁰ LISBOA, R. S., *Manual de direito civil*, p. 64.

⁶¹ A repercussão legislativa concernente à socialização do Direito Civil tem início, no Brasil, em relação à lei do inquilinato, dos seguros e da promessa de compra e venda.

⁶² Expressão utilizada por HANNA, M., op. cit., p. 228.

⁶³ Artigo 170, da Constituição Federal de 1988, *in verbis*: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I- soberania nacional; II- propriedade privada; III- função social da propriedade; IV- livre concorrência; V- defesa do consumidor; VI- defesa do meio ambiente; VII- redução das desigualdades regionais e sociais; VIII- busca do pleno emprego; IX- tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras que tenham sua sede e administração no País”.

⁶⁴ DELGADO, M.L.; ALVES, J.F., *Questões controvertidas no novo Código Civil*, p. 125.

A partir de 1988, os institutos de direito privado, com destaque à autonomia privada e ao contrato, sofreram inúmeras alterações conceituais, de modo que a antiga visão de plena autonomia da vontade e de absoluto poder de auto-regulação das relações privadas perde espaço para uma aplicação voltada à realidade social dos envolvidos na relação jurídica obrigacional.

O principal reflexo na Constituição Federal de 1988, apresentando uma proteção mais eficaz à proliferação dos contratos de adesão e da concentração de poder das empresas e conglomerados industriais, deu-se com a edição do Código de Defesa do Consumidor, em 1990, que, por meio de normas imperativas, fez emergir um novo sujeito social – o consumidor – e se pôs a restringir e regular “o espaço antes reservado totalmente para a autonomia da vontade, instituindo como valor máximo a equidade contratual”⁶⁵.

A proteção dos consumidores ou usuários (notadamente aqueles que consomem ou usam produtos finais) é justificada sobretudo pela sua evidente inferioridade negocial nos contratos firmados com fornecedores ou prestadores de serviços, decorrência de uma sociedade de consumo contemporânea que, por sua vez, respalda as contratações em massa, o uso de contratos standardizados, o surgimento de inovadoras técnicas de *marketing* e os métodos agressivos de venda⁶⁶.

O Código de Defesa do Consumidor vem romper com o velho sistema – único, fechado, totalizador e patrimonialista – do Código Civil de 1916, reconhecendo a inadequada aplicação dos institutos privados inspirados na ótica liberal, e implementando um sistema inspirado nos valores constitucionais, nucleado na boa-fé objetiva e não mais no dogma da vontade.

A lei consumerista brasileira adotou princípios como o da boa-fé objetiva, da função social do contrato, da equivalência das prestações⁶⁷, justificando a tutela do direito dos consumidores – à segurança, à saúde, à informação, à proteção

⁶⁵ MARQUES, C.L., *Contratos no Código de Defesa do Consumidor...*, p. 153.

⁶⁶ BELMONTE, C.P., *Principais reflexos da sociedade de massas...*, p. 147.

⁶⁷ Assinala LÔBO, P.L.N., *Contrato e mudança social*, p. 44, que o princípio da equivalência material talvez seja, na atualidade, uma das mais importantes diretrizes dos contratos. Isto porque “este princípio preserva a equação do justo equilíbrio contratual, seja para manter a proporcionalidade inicial dos direitos e obrigações, seja para corrigir os desequilíbrios supervenientes, pouco importando que as mudanças de circunstâncias pudessem ser previsíveis. O que interessa não é mais a exigência cega de cumprimento do contrato, da forma como foi assinado ou celebrado, mas se sua execução não acarreta vantagem excessiva para uma das partes e onerosidade excessiva para a outra, aferível objetivamente, segundo as regras da experiência ordinária”.

contra práticas abusivas e desleais, etc. – na desigualdade material contratual verificada nos contratos firmados com os fornecedores.

O Código de Defesa do Consumidor tem, pois, por escopo “restabelecer a plena e efetiva autonomia da vontade das partes, substituindo as declarações que decorrem de uma vontade aparentemente livre, mas, na realidade, subordinada a fatos externos, desconhecidos das partes”⁶⁸. Deste modo, os poderes oriundos da autonomia privada devem ser exercidos de acordo com a função social a que estão destinados, buscando manter ou restabelecer o equilíbrio das relações jurídicas intersubjetivas.

O *ethos* da sociedade brasileira já a partir da década de 60, atingindo seu apogeu no final do século XX, não mais era compatível com a lógica individualizante e exclusivamente patrimonialista do Código Civil de 1916. A ideologia tradicionalista e o excessivo individualismo do diploma de 1916 mostravam-se incompatíveis com a ordem jurídica e as modernas tendências do pensamento jurídico.

Enquanto na Europa começavam a despontar movimentos em prol da descodificação civil, no Brasil foi instituída uma Comissão para promover a revisão do Código Civil então vigente.

Após múltiplos trabalhos e um amplo processo de revisão, o Projeto de Código Civil datado de 1975, consubstanciado na evolução da realidade brasileira do século XX, foi promulgado o novo Código Civil Brasileiro em 10 de janeiro de 2002⁶⁹ a fim de atender as exigências provenientes da complexidade da vida social e econômica da sociedade contemporânea.

O novo Código, inspirado no Código Civil Italiano de 1942 e na estrutura do Código Civil alemão (BGB), adotou uma sistemática aberta e móvel, centrada em numerosas cláusulas gerais⁷⁰ e ampliando o espaço de atuação jurisprudencial.

⁶⁸ DELGADO, M; ALVES, J.F., *Questões controvertidas no novo Código Civil*, p. 140.

⁶⁹ O Código Civil de 2002 promoveu a unidade do Direito das Obrigações, colocando as obrigações civis e comerciais sob um mesmo corpo legislativo e as disciplinando por princípios e regras comuns.

⁷⁰ A técnica das cláusulas gerais compreende o emprego de conceitos jurídicos indeterminados, isto é, de significados intencionalmente vagos e abertos, a fim de permitir, pelo lastro de vagueza semântica, a incorporação de princípios e máximas de conduta exteriores ao Código, ao invés de se limitarem a traçar enunciados hipotéticos e suas consequências. As cláusulas gerais permitem uma abertura semântica do sistema e lhe conferem uma importante mobilidade, na medida em que permitem à jurisprudência construir respostas para os problemas da realidade, que não podem ser exaustivamente previstos e normatizados em um corpo codificado. A eventual desvantagem que apresentam é de provocar certa incerteza jurídica, até que se consolide a jurisprudência em torno

A linguagem aberta do Código permite o ingresso de princípios valorativos, de deveres de conduta não expressos legislativamente e de elementos metajurídicos, ou seja, de diretivas econômicas, sociais e políticas, “viabilizando a sua sistematização e permanente ressystematização no ordenamento positivo”⁷¹.

O Código Civil de 2002 promove uma verdadeira revolução no sistema legal brasileiro ao adotar valores de cunho social e os implementar às relações jurídicas interprivadas. Tem por escopo o equilíbrio das relações jurídicas; a realização material da igualdade entre as partes, impedindo a preponderância de uma sobre a outra; o resguardo a interesses sociais, prevalentes quando em conflito com interesses exclusivamente privados; e, a justiça social.

Para tanto, o Código Civil de 2002 contempla princípios como o da função social, da eticidade, da sociabilidade e da boa-fé objetiva, com o fim de valorizar os pressupostos éticos na ação dos sujeitos de direito, seja como consequência da proteção da confiança (condição *sine qua non* da vida civil), seja como mandamento de equidade e do dever de proporcionalidade⁷².

A autonomia privada, sob a égide do Código Civil de 2002⁷³, vem, assim, marcada pela sociabilidade, perdendo o antigo caráter excessivamente individualista, próprio da era codificatória oitocentista, em prol do seu exercício segundo a sua função social e nos ditames da boa-fé objetiva.

Atualmente, novos desafios são postos diante do Direito. A globalização traz, novamente, o risco do mercado tornar-se absoluto e selvagem. Em que pese

da sua dimensão. Todavia, em estando o Código composto por regras casuísticas e por cláusulas gerais, o grau de certeza e segurança jurídica é considerável.

⁷¹ MARTINS-COSTA, J.; BRANCO, G.L.C., *Diretrizes teóricas do novo Código Civil Brasileiro*, p. 118. O novo Código Civil Brasileiro surgiu em um período histórico onde se discute a conveniência ou não da codificação do direito civil, principalmente diante dos chamados microssistemas e da constitucionalização dos direitos humanos, especialmente após a II Grande Guerra. Estes fatos têm levado a doutrina e a jurisprudência a falar em novas leituras e releituras dos códigos, o que segundo LOTUFO, R., *Curso avançado de direito civil*, p. 69, é absolutamente necessário. O aparecimento de Constituições erigidas sob valores existenciais e sociais conduziu ao fenômeno da constitucionalização do direito civil, o que, na visão de LOTUFO, R., op. cit., p. 72, não retira da codificação sua importância como “instrumento de unificação legislativa e política, ao mesmo tempo em que aumenta a segurança jurídica, evitando dúvidas e incertezas na aplicação da lei” porque procura dar ao sistema jurídico uma unidade própria e a devida coerência, sem a qual a ordem jurídica não seria possível.

⁷² MARTINS-COSTA, J.; BRANCO, G.L.C., *Diretrizes teóricas do novo Código Civil Brasileiro*, p. 133.

⁷³ Assim dispõe o Código Civil de 2002, em seu artigo 421, a respeito do contrato, principal instrumento do exercício da autonomia privada, *in verbis*: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. E prossegue, no artigo 422, *in verbis*: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

terem sido acrescidas prestações de cunho social – ético – à autonomia privada, a sociedade global se mostra frágil e interdependente, e se confronta com um certo “vazio” de direito público, entendido aqui como a parte do Direito responsável pela regulação do organismo social e pela garantia da democracia⁷⁴.

A sociedade atual, diante das relações sócio-econômicas cada vez mais complexas, depende do caráter dinâmico do Direito como nunca. Os princípios jurídicos da boa-fé, da função social, da equidade, dentre outros que informam o sistema e permitem mantê-lo aberto, mostram-se imprescindíveis para coordenar o princípio da autonomia privada com os ditames da justiça social.

2.2

A “crise” do direito civil (contratual) contemporâneo: coexistência de modelos

O Estado Social introduziu uma perspectiva econômica e social à dimensão política do Estado Liberal, então voltada exclusivamente à proteção das garantias individuais e pautada pela não intervenção do Estado na ordem econômica.

As incongruências entre a realidade socioeconômica do século XX, sobretudo promovida pela massificação contratual, e a teoria clássica (liberal) do Direito Civil, levaram à relativização dos conceitos de direito privado, em especial do princípio da autonomia privada e do contrato.

A massificação contratual presente na contemporaneidade e o desenvolvimento da sociedade de consumo não apenas promoveram o crescimento do número de contratos celebrados, como também fizeram surgir novos tipos contratuais. Colocou-se em dúvida a capacidade de o Direito responder adequadamente os problemas da sociedade atual, que se proliferam em grande velocidade, por meio do modelo tradicional do Direito Civil.

Assim, perante a sociedade contrapõem-se diretrizes de natureza e de valores diversos: de um lado, ideais liberais, reunidos em um corpo normativo,

⁷⁴ FERRAJOLI, L., *Per un costituzionalismo di diritto privato*, p. 20.

que enaltecem a liberdade contratual e a autonomia privada como orientadores das relações interprivadas, e, de outro, valores e princípios sociais, centrados na garantia da dignidade humana e na prevalência de interesses supra-individuais sobre interesses particulares, constantes em um texto constitucional.

A reunião destes fenômenos promove a natural inadequação dos institutos jurídicos, bem como das fontes e da hermenêutica originados nos séculos XVIII e XIX, cujos pilares fincam-se em ideais liberais, para responder aos novos conflitos de interesses e aos novos reclamos sociais. E a convivência entre os institutos jurídicos clássicos do direito privado e as novas questões sociais, leva a doutrina e os juristas a falarem em “crise” do Direito Civil.

Trata-se, em verdade, de um período de desconstituição de dogmas. E de mudanças legislativas, políticas e sociais.

A visão do Direito como um sistema de normas fechadas, hierárquicas e axiomáticas, é superada, dando espaço ao reconhecimento de um sistema aberto e suscetível ao pensamento problemático e a fatores extrajurídicos, onde “o direito, mais do que uma ciência, deve ser visto como um procedimento, uma prática social, orientada por princípios e regras democraticamente estabelecidas”⁷⁵.

A consagração dos princípios constitucionais no âmbito de atuação do direito privado tem o efeito de reduzir ou anular o individualismo subjacente à aplicação do princípio da liberdade contratual nas relações jurídicas. Dá-se uma dimensão social e funcional à autonomia privada, com vistas ao desenvolvimento econômico e à justiça social. São limites às forças volitivas e individualistas decorrentes da livre iniciativa privada, tais como a ordem pública, os bons costumes, a utilidade social, a conformidade com a boa-fé objetiva, reunidos no intuito de equilibrar o poder das partes contratantes e proteger o pólo mais fraco da relação jurídica obrigacional.

A mudança dos paradigmas, pela adoção de valores e princípios sociais, permeia um forte “*ridimensionamento dell'autonomia privata ed all'affermazione di valori diversi e contrastanti con quelli individualistico-economici propri*

⁷⁵ FIUZA, C.; Sá, M.F.F.; NAVES, B.T.O.; *Direito civil - atualidades*, p. 77

dell'autonomia privata”⁷⁶. Sob este aspecto que se afirma a “crise” dos institutos privados.

A redução na esfera de atuação da autonomia privada não implica, contudo, na sua exclusão do sistema jurídico. Ao contrário, permanece - a autonomia privada – como um dos princípios basilares do ordenamento jurídico, porém vinculada à demanda por solidariedade e por justiça social. O sistema jurídico vigente concilia, assim, valores da liberdade e valores da ordem⁷⁷.

Tudo isso implica na redução do âmbito de atuação da autonomia privada. Como princípio fundamental da ordem jurídica civil, teve maior importância nas épocas de mais acentuado individualismo, mas, com as tendências sociais em matéria de contrato, a proliferação das leis especiais e as crescentes restrições à liberdade contratual, assiste-se à redução de seu campo, embora permanecendo como princípio fundamental do direito privado, aplicável nos setores em que o direito estatal permite, basicamente, o direito das obrigações. O problema da autonomia privada é, portanto e somente, um problema de limites que se colocam, por exemplo, com o dever ou a proibição de contratar, a necessidade de aceitar regulamentos predeterminados, a inserção ou substituição de cláusulas contratuais, o princípio da boa-fé, os preceitos de ordem pública, os bons costumes, a justiça contratual, as disposições sobre abuso de direito etc., tudo isso a representar as exigências crescentes de solidariedade e de socialidade⁷⁸.

Por tais razões que Michele Giorgiani⁷⁹ afirma que “nenhuma ‘crise’, a não ser no significado de uma modificação de velhas estruturas, é possível encontrar e, portanto, nenhum “declínio” do Direito Privado, o qual, ao contrário, mostrou a força da sua velha linguagem”.

De igual forma, enquanto instrumento da autonomia privada, o contrato transcorre a mesma “problemática”. Vislumbra-se uma disparidade entre o contrato, na sua concepção clássica, (supostamente) paritário e mero instrumento da autonomia privada, e as relações contratuais de massa e a conseqüente despersonalização contratual da pós-modernidade. Os pilares do capitalismo liberal mostram-se insuficientes para regular e manter equilibradas as relações obrigacionais, pois têm no instrumento contratual apenas uma ferramenta para a circulação de riquezas e para a afirmação da autonomia privada, não se adaptando à realidade sócio-econômica do século XXI. É por meio da inserção de uma

⁷⁶ BARCELONA, P. *Diritto privato e società moderna*, p. 380. Na tradução livre: “redimensionamento da autonomia privada e da afirmação de valores diversos e contrastantes com aqueles individuais-econômicos próprios da autonomia privada”.

⁷⁷ PEREIRA, C.M.S., *Instituições de direito civil*, vol. III, p. VII.

⁷⁸ AMARAL, F.P., *Direito civil – introdução*, p. 355.

⁷⁹ Id., *O direito privado e as suas atuais fronteiras*, p. 55.

utilidade social que o contrato se transforma – sob os olhares do Estado Social – em instrumento de convivência social e de justiça equitativa⁸⁰.

O que se encontra em crise no movimento massificado dos contratos é o método oferta-aceitação, definido pelo sistema clássico, presente em nosso próprio Código Civil (de 1916), cujas manifestações de vontade são indiscutivelmente valorizadas, para não afirmar, desejadas pela lei, em que pese uma excepcional possibilidade de manifestação tácita.

É um duro golpe na moldura clássica do contrato, uma vez que se esvazia o papel da vontade, enquanto elemento nuclear, para ceder lugar a comportamentos automáticos ou socialmente típicos que ocupam o posto da manifestação volitiva. É o que basta para, mais uma vez, confirmar a crise pela qual passa a clássica definição do contrato⁸¹.

O contrato não pode mais ser encarado do ponto de vista da doutrina clássica, enquanto mero instrumento de realização da autonomia privada. O contrato é, hoje, além de instrumento para a circulação de riqueza, “instrumento de proteção dos direitos fundamentais, realização dos paradigmas de qualidade, de segurança, de adequação dos serviços e produtos no mercado”⁸².

Corroborando este entendimento Leonardo Mattiello⁸³, ao expor que “o contrato deixa de ser apenas instrumento de realização da autonomia privada, para desempenhar uma função social”.

⁸⁰ Acrescenta ROPPO, V., *Il contratto*, p. 84, que a regulamentação do contrato, com particular intensidade na última fase do século XX, compartilha desta “crise” anunciada, na medida em que, ao contrário do que se verificava anteriormente, todas as novas regras contratuais não são mais regras sobre contrato em geral, mas regras sobre contratos singulares. Expõe que não há mais como conceber as regras sobre contratos singulares, dirigidos pela parte especial, como elementos de um segundo plano na disciplina contratual, uma vez que “*si offusca l’unità del contratto in genere, e la figura conosce inedite frammentazioni interne*” (Na tradução livre: “se ofusca a unidade do contrato em geral, e a figura conhece inédita fragmentação interna”). Segundo o autor, o contrato em geral representa uma figura unitária, regulada por meio de uma disciplina homogênea. O desenvolvimento econômico, especialmente o havido nos últimos anos, demonstra a fragmentação do instituto contratual, na medida em que se pugna pela solução de conflitos específicos, advindos de contratos singulares, que demandam regras próprias, o que resulta em uma pluralidade de disciplinas heterogêneas. Na doutrina nacional, MARQUES, C.L., *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, p. 167, constata esta evolução do direito contratual, no sentido de se criarem novos tipos contratuais ou de lhes ser atribuída uma maior complexidade. Aduz que do modelo estático de compra e venda passou-se ao modelo dinâmico e complexo de fazeres de longa duração; do contrato bilateral e comutativo, passou-se ao contrato múltiplo e conexo; do regime geral e único passou-se para o contrato com regime jurídico plural, por meio do qual se aplica uma série de leis especiais e gerais à mesma relação contratual. No tocante à regulamentação dos contratos, em igual sentido aponta LORENZETTI, R.L., *Fundamentos do direito privado*, p. 53, ao considerar que “o consumo de normas especiais é muito maior que o das gerais. Se uma empresa tem que celebrar um contrato, recorrerá muito pouco à teoria geral do contrato, regulada pelo Código Civil e muito mais às normas sobre impostos, responsabilidade civil, seguros, falência, etc.”.

⁸¹ NALIN, P., *Do contrato: conceito pós-moderno...*, p. 118.

⁸² MARQUES, C.L., *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, p. 168.

⁸³ TEPEDINO, G. (coord.), *Problemas de Direito Civil-Constitucional*, p. 179.

A anunciada “crise” faz notar que os institutos privados não estão presos a uma definição e a uma regulação fechada, prescrita em um tempo passado. Ao contrário, a historicidade dos institutos demonstra que o contrato, a autonomia privada, enfim, os Institutos de Direito Civil, mudam as suas disciplinas de acordo com o contexto e a realidade socioeconômica em que se inserem.

A crise do contrato, enquanto projeção do fracasso do modelo codificado, é algo explicável pela sua historicidade (princípio da relatividade dos contratos), na qual se reconhece que “[...] o contrato muda a sua disciplina, as suas funções, a sua própria estrutura segundo o contexto econômico-social em que está inserido”. (...) A constatação da crise conceitual do contrato remete o intérprete ao desafio maior desta época posterior da modernidade: a tentativa de conciliação entre os valores constitucionais que repersonalizaram os institutos jurídicos privados, dentre o que não escapa o contrato, e o seu local de aplicação, predominantemente situado no mercado relevante⁸⁴.

Apesar de, aparentemente, o contrato e a autonomia privada terem a sua “morte” prenunciada⁸⁵, em verdade, constata-se uma evolução no campo conceitual e valorativo desses institutos, renovando princípios e pressupostos e redimensionando limites, no sentido de adequá-los aos novos tempos e os conformar ao interesse social da justiça contratual.

Nota-se que a “crise” do Direito Civil não merece ser encarada sob um aspecto negativo ou maléfico. Ao contrário, a mudança de perspectiva que sofrem a autonomia privada, o contrato, o Direito Civil em geral, importa na “recuperação” dos institutos privados no sentido de funcionalização, socialização e preocupação com o desenvolvimento da personalidade humana no bojo da sociedade contemporânea.

Quando a ordem jurídica limita a autonomia privada, a pretensão se dirige à proteção da confiança nas relações jurídicas sociais, no intuito de preservar “a estabilidade, a celeridade e o dinamismo das operações econômicas que se travam

⁸⁴ NALIN, P., op. cit., p. 119. No Brasil, a “crise” gerada pelo choque entre o individualismo presente na concepção clássica da autonomia privada e do contrato e a realidade sócio-econômica do século XX, vislumbrou uma solução apenas na década de 80, com a promulgação do Texto Constitucional de 1988, e, em 1990, com a edição do Código de Defesa do Consumidor.

⁸⁵ Alguns juristas, como Savatier e Grant Gilmore, consoante trazido a lume por Flávio Tartuce, profetizam o desaparecimento do contrato em detrimento da economia de *mass production*, teorizando o surgimento de um outro instituto em seu lugar pois que o princípio da liberdade contratual estaria completamente subvertido pela padronização das transações (DELGADO, M.L.; ALVES, J.F., *Questões controvertidas no novo Código Civil*, p. 129). Neste trabalho, corroboramos do entendimento segundo o qual a “crise” do contrato, ou, mais além, dos institutos de Direito Civil como a autonomia privada, vem significar uma mudança de estrutura na Teoria Geral e não a sua extinção, uma vez que são institutos vitais para a ordem jurídica.

por meio do contrato”⁸⁶. Enzo Roppo⁸⁷ fala ainda em “relançamento da autonomia privada”, em formas não individuais, mas de acordo com a praxe da contratação coletiva.

A partir da segunda metade do século XX, a sociedade contemporânea, em detrimento das revoluções científica e tecnológica, sofreu sensíveis mudanças, particularmente com o advento da tecnologia da informação, propulsora de uma rápida transmissão do conhecimento. A crise prenunciada se intensifica com o fenômeno da globalização⁸⁸, tornando evidente a dificuldade dos Estados nacionais em apresentar soluções e respostas adequadas aos numerosos problemas econômicos e sociais decorrentes do desenvolvimento da mundialização da economia⁸⁹.

⁸⁶ MELLO, A.M.T., *A função do contrato e o princípio da boa-fé...*, p. 156.

⁸⁷ Id., *O contrato*, p. 337.

⁸⁸ A noção de globalização pode ser vislumbrada por meio de um processo complexo, ou melhor, por “*dynamic, legal and social processes that take place within an integrated whole, without regard to geographical boundaries*” (WILSON, J., *Globalization and the limits...*, p. 12. Na tradução livre: “processos dinâmicos, legais e sociais que atuam dentro de um conjunto integrado, sem considerar as fronteiras geográficas”), cujas atividades atuam conjuntamente em uma “*area of integration involved might be the entire globe or it might be a region or portions of regions around the world*” (Ibid., p. 13. Na tradução livre: “áreas de integração que podem envolver todo o globo ou a região ou porções de regiões em torno do mundo”). O fenômeno da globalização possui dimensões sociais, culturais, políticas e econômicas. O presente estudo considerou, em especial, as dimensões econômicas deste processo. O rápido desenvolvimento da tecnologia contribuiu para o processo de contratação em esfera global, por meio do qual sociedades empresárias, indústrias e consumidores podem adquirir e transferir produtos e/ou serviços ao redor do mundo com apenas um movimento: o *click* no *mouse* do computador. Em que pesem as vantagens da economia globalizada, desvantagens também são verificadas neste complexo processo, consoante assevera MARINO, I., *Il diritto dell’economia*, p. 43: “*la globalizzazione, infatti, può contribuire alla crisi dei valori umani. Non si tratta della globalizzazione della solidarietà o della globalizzazione delle conoscenze, bensì della globalizzazione dell’indifferenza dell’economia rispetto all’immensa varietà delle condizioni, delle aspirazioni, delle vocazioni umane e, per altro verso, della permeabilità al lobbismo politico ‘privilegiato’, al potere lobbistico negli affari*” (Na tradução livre: “a globalização, de fato, pode contribuir para a crise dos valores humanos. Não se trata da globalização da solidariedade ou da globalização do conhecimento, mas da globalização da indiferença da economia em face da imensa variedade das condições, das aspirações, das vocações humanas e, por outro lado, da permeabilidade do lobbismo político ‘privilegiado’, ao poder lobbístico dos negócios”).

⁸⁹ Importa aqui trazer à lume a expressão “sociedade pós-industrial” utilizada por GALGANO, F., *La globalizzazione nello specchio del diritto*, p. 15, para definir a sociedade formada pela mundialização da economia. Define-a como a sociedade resultante da Revolução Tecnológica e da Revolução Empreendedorial. A uma porque reflete a automação do processo produtivo, ocasionando a dispensa da mão-de-obra humana do setor industrial, bem como da evolução dos meios de comunicação. A duas porque retrata o aumento do setor terciário, ou seja, o de serviços. Atenta o jurista para a economia pós-industrial, concernente àquela voltada para a produção de bens imateriais e baseada na expansão mundial da organização produtiva, onde as distintas fases de produção de bens e serviços não mais se localizam em um único local, máxime matérias-primas provenientes de outro país (ou países), mas são realizadas cada qual em países diversos, de acordo com critérios de conveniência. E, nesta realidade, o Direito se põe diante de modificações para se adequar aos novos tempos: criam-se novas fontes de produção jurídica, v.g. o contrato, que deixa

Coloca-se em xeque o Estado Providência, pois que a “crise” passa a situar-se na esfera da ordem social descontenta, cujas demandas, em constante crescimento, não são satisfatoriamente atendidas em virtude da limitação das receitas públicas.

Vivemos efetivamente um momento de mudanças, não só legislativas, mas políticas e sociais. Os europeus estão a determinar este momento de queda, rompimento ou ruptura (*Umbruch*) de fim de uma era e de início de algo novo, ainda não identificado, de pós-modernidade. Seria a crise da era moderna, e de seus ideais concretizados na Revolução Francesa, de liberdade, de igualdade e de fraternidade, que não se realizaram para todos, nem são hoje considerados realmente realizáveis. Momento em que se desconfia da força e suficiência do direito para servir de paradigma à organização das sociedades democráticas, atualmente em um capitalismo neoliberal, bastante agressivo, com fortes efeitos perversos e de exclusão social⁹⁰.

A lógica globalizante coloca, novamente, em voga os dogmas liberais, inspirados na não ingerência do Estado em contraposição ao poder público na dinâmica de mercado, sob o argumento de que é necessária eficiência nas relações interprivadas. Há até quem sustente tratar-se de um “*new medievalism*”⁹¹. Por outro lado, a realidade aponta para a necessária presença do Estado na ordem econômica a fim de frear os impulsos capitalistas e individualistas, na proteção dos interesses coletivos e dos contratantes mais vulneráveis das relações jurídicas privadas, na promoção do bem-estar e da paz social.

Uma nova “crise” se prenuncia, agora, propensa ao dirigismo econômico.

de representar mero instrumento de circulação de riqueza para se tornar fonte normativa e criadora de riquezas.

⁹⁰ MARQUES, C.L., *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, p. 159.

⁹¹ DE LUCA, V., *Autonomia privata e mercato telematico nel sistema delle fonti*, p. 59, traz a expressão “*new medievalism*” como própria a definir os problemas enfrentados pela ordem jurídica frente à globalização da economia. Aduz que a nova economia – *the New Economy* – repele o Estado como fonte de produção normativa do ordenamento privado, no espaço jurídico global, caracterizado pelo trabalho intelectual e pela desmaterialização de tradicionais categorias civilísticas, tais como propriedade, contrato, adimplemento, etc., solicitando da doutrina a redefinição de metodologias e conceitos. Entretanto, atenta o jurista para o fato de que a política de globalização requer do Estado o compromisso de garantir a segurança e a certeza do tráfego comercial internacional e a redução de custos de transação. Isto porque, ainda que a globalização seja autônoma, esta não dispõe de um eficaz e crêdulo aparato coercitivo, de forma a assegurar em um longo período a estabilidade e a certeza que o tráfego comercial internacional necessita. Assim, “*un’economia internazionalizzata richiede politiche comuni e coordinate in cui l’iniziativa dei governi nazionali assume un ruolo decisivo*” (Na tradução livre: “uma economia internacionalizada requer políticas comuns e coordenadas, nas quais a iniciativa dos governos nacionais assume um lugar decisivo”).

Afonso Celso F. de Rezende⁹² admite, no que tange à ordem econômica, ser esta “nova crise” muito mais ideológica que real, porque dirigida à redução do Estado como empreendedor e como mero garantidor legal. Entretanto, aduz que, ao passo que se vislumbra a diminuição da participação ativa do Estado no mercado, aumenta a intervenção estatal na atividade econômica na medida em que “o Estado regulador fortalece ainda mais o processo de intervenção legislativa, administrativa e judicial nas atividades econômicas”. E continua: “a intervenção judicial cresce na proporção da redução da atividade econômica estatal e do conseqüente aumento dos poderes privados nacionais e transnacionais”⁹³.

Logo, não convém falar em desregulamentação ou no retorno do liberalismo e do Estado mínimo, porque a desregulamentação se resolve em um novo desenvolvimento da regulamentação e porque o retorno ao liberalismo se resolve na exaltação de novas formas de integração do Direito, mais precisamente pela re-funcionalização da participação estatal na ordem econômica, não de forma minimizada, mas de forma mais flexível⁹⁴.

Para enfrentar a aludida “crise”, a doutrina e a jurisprudência são desafiadas a reconstruir o Direito Civil por meio da valorização dos direitos humanos, da realização da igualdade substancial e da dignidade da pessoa humana. Tais direitos fundamentais, formulados por meio de normas constitucionais pétreas e base de todo e qualquer Estado Democrático de Direito, “permitirão a interpretação do direito do novo milênio, que terá justamente (e necessariamente) base constitucional”⁹⁵.

Daí porque o termo “crise” do Direito Civil deve ser recebido com ressalvas. Não se trata da eliminação dos institutos civis pelos princípios e regras constitucionais atinentes ao direito privado, tampouco da necessidade de reafirmação daqueles em face da economia globalizada em detrimento da atuação

⁹² FERREIRA, A.H., *O novo Código Civil discutido por juristas brasileiros*, p. 298.

⁹³ Ibid., loc. cit.

⁹⁴ SURDI, M., *Faida, contratto, patto...*, p. 7.

⁹⁵ MARQUES, C.L., *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, p. 165. Importante trazer as considerações de GALGANO, F., *Il diritto privato futuro*, p. 67, a respeito do futuro do direito privado na sociedade pós-industrial. Aduz o jurista que a sociedade contemporânea não reclama um direito especial para as novas relações jurídicas, tampouco profundas reformas legislativas. Entende que a atual sociedade, conjuntamente com o mercado, demanda por instrumentos flexíveis, compatíveis com as mudanças da realidade, quais sejam o contrato e a sentença. Ambos permitem adaptar o direito clássico e suas concepções aos novos tempos, sempre limitados pela ordem pública e pelos bons costumes, bem como pelos princípios fundamentais de proteção aos valores humanos e sociais.

estatal; ao revés, trata-se de considerar a adequação dos institutos de direito privado aos valores de equidade, justiça social e bem-estar, preconizados pelo Texto Constitucional.

A autonomia privada continua a ser uma das garantias individuais tuteladas pelo Estado, porém a intervenção deste na ordem econômica não se resume apenas a assegurar as exigências de mercado por meio da liberdade contratual. Compete, de igual modo, ao Estado a adequada tutela das classes sociais mais vulneráveis e a proteção equilibrada de interesses constitucionais relevantes.

Em verdade, a expressão “crise do Direito Civil” consiste na “mudança na maneira de pensar e reconstruir o direito”⁹⁶, pois o desafio é responder aos reclamos da sociedade, sob os pilares dos novos valores sociais.

2.3

O rompimento da dicotomia público-privado

Ao longo da história, o Direito foi dividido em direito público e direito privado, assumindo, em cada período e contexto históricos, alcances diversos⁹⁷.

Partindo do Direito romano, o direito público surgiu para ocupar-se do Estado e de suas leis, designando o direito posto pelo *populus*, enquanto base legal aplicável a todos, impositivo e não sujeito a modificações decorrentes da autonomia privada. Já o direito privado despontou para indicar o direito proveniente do contrato entre particulares, isto é, versando sobre interesses privados. Assim, enquanto o primeiro resguardaria a coisa pública, o segundo serviria de anteparo para os sujeitos e interesses privados⁹⁸.

⁹⁶ MARQUES, C.L., op. cit., p. 167.

⁹⁷ Importante ressaltar, a respeito da supracitada dicotomia, que o direito inglês, ao contrário do direito continental europeu, desconheceu tal distinção.

⁹⁸ Aduz ALPA, G., *Istituzione di diritto privato*, p. 23, que este critério de separação entre o direito público e o direito privado, pressupõe uma distinção, também, entre Estado e sociedade. Crítica essa distinção, presente nos ordenamentos desde o Direito romano, pois a considera insatisfatória na medida em que o Estado sempre e continuamente interferiu nas relações entre cidadãos, próximo à sociedade, fixando tarifas, orientando o mercado, criando barreiras alfandegárias, disciplinando relações familiares, e controlando os pactos conforme os bons costumes e a ordem pública. Por tais razões, discorda o jurista da dicotomia apresentada por não considerar contrapostos o Estado e a sociedade.

Com a queda do Império romano, o direito público perdeu seu objeto perante o desaparecimento da organização política clássica e o direito privado subsistiu.

O direito público veio a adquirir um conteúdo efetivo com a Idade Moderna e a afirmação dos novos estados nacionais, agrupando normas criadas para consolidar e disciplinar o poder real⁹⁹.

A Pandectística alemã e a doutrina oitocentista elevaram a bipartição do ordenamento em direito público e direito privado à condição de axioma do sistema jurídico. Isto porque *“questa suddivisione rispondeva alla necessità di una sistemazione scientifica, ma fu determinata anche dal forte influsso del liberalismo-politico-economico. Il diritto privato fu così associato al regno apolitico dell’economia, mentre il diritto pubblico fu definito come diritto della Costituzione e dell’apparato amministrativo”*¹⁰⁰.

Deste modo, as normas de direito público tinham por objetivo tutelar interesses públicos, isto é, da coletividade, ao passo que às normas de direito privado caberia tutelar ou satisfazer interesses individuais, dos particulares.

Na Idade Contemporânea, tendo como cenário as revoluções liberais, desenvolveram-se as teorias do Estado e da Administração Pública e se dispôs uma esfera de liberdade aos cidadãos. Acentuou-se, então, a diferença entre direito público e direito privado, tendo, este último, como objeto “todas as relações suscetíveis de se estabelecerem entre os seres humanos, por iniciativa destes”¹⁰¹. Ao direito público competia a Constituição e o aparato administrativo do Estado, enquanto que ao direito privado cabiam as relações jurídicas perpetradas pelo império não-político da sociedade econômica.

Estado e sociedade representavam duas esferas completamente distintas, contrapostas, reguladas cada qual por um ramo próprio do Direito, com premissas peculiares e pressupostos ideológicos diferenciados.

⁹⁹ CORDEIRO, A.M.R.M., *Tratado de Direito Civil Português*, p. 33.

¹⁰⁰ RAISER, L., *Il compito del diritto privato*, p. 223. Na tradução livre: “esta subdivisão respondia à necessidade de uma sistematização científica, mas foi determinada também por um forte influxo do liberalismo-político-econômico. O direito privado foi assim associado ao reino apolítico da economia, enquanto o direito público foi definido como direito da Constituição e do aparato administrativo”.

¹⁰¹ CORDEIRO, A.M.R.M., *Tratado de Direito Civil Português*, p. 41.

Desse modo, o Estado Liberal, sob a premissa da autonomia privada, sustentava a autonomia do direito privado como sistema de princípios jurídicos completamente isolados dos preceitos de direito público.

O Direito Privado coincide com o âmbito dos direitos naturais e inatos dos indivíduos, enquanto o Direito Público é aquele emanado pelo Estado, voltado para objetivos de interesse geral. As duas esferas são quase impermeáveis, reconhecendo-se ao Estado o poder de limitar os direitos dos indivíduos somente para atender a exigências dos próprios indivíduos. Estes conceitos são repetidos na conhecida fórmula kantiana pela qual os dois ramos se distinguem pela diversidade da fonte; que no Direito Privado reside nos princípios da razão, no Direito Público na vontade do legislador¹⁰².

Em termos de sistema, Antônio Manuel da Rocha Menezes e Cordeiro¹⁰³ subdivide as situações jurídicas em públicas e privadas e estabelece como parâmetros diferenciadores da contraposição direito público e direito privado os vetores autoridade e competência, e igualdade e liberdade, respectivamente:

- nas situações jurídicas privadas, as actuações pautam-se pela igualdade e pela liberdade: as pessoas têm iguais poderes e podem agir sempre que não deparem com uma proibição;
- nas situações públicas, as actuações desenrolam-se segundo a autoridade e a competência: um dos intervenientes pode, unilateralmente, provocar alterações na esfera jurídica alheia e só lhe cabe actuar quando uma norma lho permita.

O Estado de Direito, com o crescimento do capitalismo liberal e o desenfreado desenvolvimento da economia, passou a ser mero espectador das arbitrariedades promovidas pelos particulares, por meio da contratação em massa de trabalhadores, sem condições dignas de trabalho, e da massificação contratual advinda dos contratos de adesão submetidos à sociedade de consumo.

Os movimentos sociais, exigindo o controle do capitalismo desenfreado e do abuso de direitos dele advindo, bem como o restabelecimento de igualdade de posição entre as partes contratantes, levaram o então Estado de Direito ao Estado Social. O Estado, com a nova ordem social, adquire a posição de interventor na ordem econômica para, além de garantir as liberdades individuais, impor o atendimento a uma função social às atividades econômicas e manter ou restabelecer o equilíbrio entre as partes contratantes.

¹⁰² GIORGIANI, M., *O direito privado e as suas atuais fronteiras*, p. 39.

¹⁰³ CORDEIRO, A. M., op. cit., p. 43.

Assim, o declínio do liberalismo econômico orientou as Cartas Constitucionais para uma mudança qualitativa, em especial a partir da promulgação da Constituição de Weimar¹⁰⁴ e a ênfase dada à função social dos direitos individuais. Em oposição ao despostismo político e econômico, a Constituição deixa de ser mera fonte suprema de direito público, enquanto reguladora da forma de governo e garantidora das liberdades individuais dos cidadãos, para se tornar lei fundamental de direito privado, reguladora das relações interprivadas.

Com o reconhecimento constitucional da função estatal de intervenção na atividade econômica, dá-se um outro direcionamento, ou melhor, ocorre uma alteração de prospectiva nas Constituições nacionais: *“lo strumentario dirigistico non è ripudiato, ma rilegittimato <in funzione di una programmazione economica democratica>(…) e cioè in vista del conseguimento di un <equilibrio> qualitativamente diverso”*¹⁰⁵.

Esta nova atmosfera altera a relação entre direito público e direito privado, ou, ainda, entre Constituição e direito privado¹⁰⁶. Este último, perde o caráter de reino da vontade e da autonomia privada¹⁰⁷, e o direito público, por sua vez, deixa de ser o direito relativo à supremacia do Estado em relação ao cidadão.

A contraposição entre direito público e direito privado, paulatinamente, foi-se reduzindo em razão da nova realidade econômica, e, hoje, grande parte da doutrina¹⁰⁸ prenuncia o seu desaparecimento. Tal assertiva se perfaz pelo fato de

¹⁰⁴ Conforme nota 42.

¹⁰⁵ GRISI, G., *L'autonomia privata...*, p. 63. Na tradução livre: “o instrumento dirigente não é repudiado, mas re-legitimado <em função de uma programação econômica democrática> (...) ou seja, em vista do alcance de um <equilíbrio> qualitativamente diverso”.

¹⁰⁶ Nesse ínterim, assinala Maria Celina Bodin de Moraes, citada por PEREIRA, C.M.S., *Instituições de direito civil*, vol. III, p. XI, que a Constituição, devido a sua supremacia axiológica, passou a constituir o “centro de integração do sistema jurídico de direito privado abrindo-se então o caminho para a formulação de um Direito Civil Constitucional”.

¹⁰⁷ Tal como a autonomia privada, a propriedade e o contrato deixam de lado o caráter patrimonialista até então enfatizado, configurando um “direito subjetivo, individual, para constituir uma situação complexa em que também estão presentes deveres e obrigações de caráter social” (HANNA, M., *Repersonalização e constitucionalização...*, p. 232).

¹⁰⁸ Cabe trazer à lume a opinião de CORDEIRO, A.M.R.M., *Tratado de Direito Civil Português*, p. 44-46, segundo o qual a contraposição entre direito público e direito privado subsiste, não havendo que se falar no seu desaparecimento. Afirmo que por razões culturais, teóricas, práticas e significativo-ideológicas, tal contraposição se mantém e é hoje reforçada e aprofundada. Argüi que o direito privado se assenta na tradição romana e em uma codificação, apresentando-se como uma regulação de relações interindividuais e representa a expressão cultural mais profunda de cada sociedade, na medida em que previne ingerências nas esferas dos particulares, evitando intromissões arbitrárias e proporcionando o mínimo de previsibilidade estrutural dentro do espaço jurídico-social. Ao revés, o direito público funda-se em uma elaboração jusnaturalista e não

que as situações jurídicas – públicas e privadas – se interpenetram, a ponto de não mais ser facilmente identificável cada uma das esferas¹⁰⁹.

As tradicionais fronteiras do direito privado e do direito público têm sido rompidas pela freqüente utilização de instrumentos próprios do direito privado pelos poderes públicos e por estar o direito privado impregnado por elementos publicistas.

Norberto Bobbio¹¹⁰ aduz que a publicização do privado e a privatização do público representam as duas faces do processo de transformação das sociedades industriais mais avançadas. O Estado moderno, constituído por uma sociedade civil organizada, apresenta as duas esferas em contínua integração, na medida em que tanto o direito público, como o direito privado, visa proteger simultaneamente interesses públicos e interesses privados¹¹¹.

Os dois processos, de publicização do privado e de privatização do público, não são de fato incompatíveis, e realmente compenetraram-se um no outro. O primeiro reflete o processo de subordinação dos interesses do privado aos interesses da coletividade representada pelo Estado que invade e engloba progressivamente a sociedade civil; o segundo representa a revanche dos interesses privados através da formação dos grandes grupos que se servem dos aparatos públicos para o alcance dos próprios objetivos. O Estado pode ser corretamente representado como o lugar onde se desenvolvem e se compõem, para novamente decompor-se e recompor-se, estes conflitos, através do instrumento jurídico de um acordo

codificada, cujas bases fundamentais são passíveis de modificações em um certo espaço de tempo, compreendendo o regime do relacionamento do Estado com os particulares. Encerra alegando que a supressão desta dicotomia empobreceria o conjunto jurídico e desestruturaria a idéia de sistema.

¹⁰⁹ Assinala Leonardo Mattiello que “em uma sociedade como a atual é tarefa bastante difícil localizar um interesse privado que seja completamente autônomo, independente, isolado do interesse público”, acrescentando que a dificuldade aumenta diante de categorias como as de interesse difuso, coletivo e individual-homogêneo (TEPEDINO, G. (coord.), *Problemas de direito civil-constitucional*, p. 165). De acordo com Francisco Piedade Amaral, a intervenção do Estado na ordem econômica, em decorrência da concentração capitalista dos meios de produção, conduz à interpenetração de ambas as esferas – pública e privada, e, conseqüentemente, supera-se a dicotomia pois surge um novo direito, combinando processos jurídicos, institutos e conceitos tanto de direito público, quanto de direito privado (FIUZA, C.; SÁ, M.F.F.; NAVES, B.T.O., *Direito civil - atualidades*, p. 70).

¹¹⁰ Id., *Estado, governo, sociedade*, p. 26.

¹¹¹ PINTO, C.A.M., *Teoria geral do direito civil*, p. 24. De acordo com o jurista português, tal integração se vislumbra, por exemplo, em normas que exigem requisitos de forma para determinados atos jurídicos, tais como a norma que sujeita a compra e venda de imóveis à escritura pública como requisito para a validade do ato. Esta norma de direito privado não se dirige exclusivamente à realização de interesses privados, mas também está voltada para interesses públicos, como a segurança do comércio jurídico. Por sua vez, uma norma de direito público, como a que define as condições de acesso à função pública, além de visar um interesse público de eficaz funcionamento dos serviços, promove a adequada tutela de interesses particulares, no sentido de ingresso na carreira pública. Em detrimento a estas particularidades é que a doutrina tem defendido que os dois setores do Direito não estão separados de forma absoluta, pois que se integram um no outro.

continuamente renovado, representação moderna da tradicional figura do contrato social¹¹².

Não há que se considerar o direito privado uma antítese do direito público, uma vez que os particulares não estão alheios à presença do Estado na esfera de sua liberdade e autonomia, bem como a atividade estatal, contemporaneamente, não se apóia sobre a subordinação dos indivíduos, mas se sustenta pelo princípio da dignidade da pessoa humana¹¹³.

No mesmo sentido, considerando insustentável tal dicotomia perante a sociedade atual, Gustavo Tepedino¹¹⁴ aduz que “a interpenetração do direito público e do direito privado caracteriza a sociedade contemporânea, significando uma alteração profunda nas relações entre o cidadão e o Estado”.

A introdução, no âmbito do direito privado, de princípios sociais, destinados à proteção da pessoa humana e da sua dignidade, assenta mudanças substanciais no conteúdo do direito privado e no modo como é aplicado às relações jurídicas. Tal fato demonstra que o sistema se apresentou suficientemente flexível para se adaptar a novos modos de pensar e a novas exigências, mesmo colocando em discussão a tão defendida completude do sistema privado, sem que os novos conteúdos introduzidos no quadro tradicional do direito privado pudessem destruí-lo ou o transcender¹¹⁵.

Ao contrário, a consagração dos princípios constitucionais no âmbito do direito privado “tem o efeito de reduzir o campo das diferenças entre o direito público e o direito privado, hoje conjugados na ação comum de prover o bem estar-social”¹¹⁶.

As conseqüências públicas das ações privadas, ou seja, seu impacto sobre os demais indivíduos da sociedade e sobre os bens públicos, não mais pode ficar indiferente para o direito privado.

Os novos problemas que se apresentam não são satisfatoriamente resolvidos com base no tradicional direito privado; a complexidade da atual sociedade, bem como as novas estruturas de poder e a pretensão dos cidadãos em

¹¹² BOBBIO, N., op. cit., p. 27.

¹¹³ Constituição Federal de 1988, artigo 1º, inciso III, *in verbis*: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III- (...) a dignidade da pessoa humana”.

¹¹⁴ Id., *Temas de Direito Civil*, p. 19.

¹¹⁵ RAISER, L., *Il compito del diritto privato*, p. 217.

¹¹⁶ AMARAL, F.P., *Direito civil – introdução*, p. 354.

participar em modo democrático das decisões políticas e econômicas, atribuíram ao ordenamento jurídico uma grande quantidade de tarefas novas, de modo que não mais se justifica a rígida dicotomia entre direito público e direito privado, baseada na separação entre Estado e sociedade civil¹¹⁷.

O Direito, na contemporaneidade, tem como núcleo e ápice da normatividade jurídica o ser humano, cabendo-lhe – Direito – promover a convivência pacífica em sociedade, o que implica reconhecer o direito do outro e o respeitar como pessoa, como cidadão, como ser humano.

O situar a pessoa humana como fundamento do ordenamento jurídico, altera a estrutura e a dinâmica social contemporâneas, impondo o repensar do Direito como um todo e não mais se admite a dualidade de sistemas jurídicos – público e privado – uma vez que a Constituição é que representa o centro do sistema jurídico, em torno do qual gravitam as demais fontes do Direito.

A superação desta dicotomia promove o reconhecimento da incidência de institutos originalmente privados no âmbito da disciplina pública e da incidência de valores e princípios constitucionais na disciplina privada¹¹⁸, de forma a priorizar, nas relações jurídicas, a pessoa humana em sua personalidade, em seu livre desenvolvimento e em sua dignidade.

2.4

A despatrimonialização do direito civil e do contrato

O direito privado sofreu densas transformações no decorrer de mais de 150 anos, culminadas pela absorção de valores e princípios de direito público, sob o rótulo de “publicização”.

¹¹⁷ Ibid., p. 225.

¹¹⁸ Entende pela superação da dicotomia público-privado PERLINGIERI, P., *Manuale di diritto civile*, p. 41, inclusive salientando a inadequação, na contemporaneidade, da utilização do termo “direito privado”, e sugerindo seja a mesma substituída por “direito civil”, entendido como o direito em condições de igualdade, o direito de todos, não como antítese do direito público porque atinente à estrutura da sociedade, ao modo de vida dos cidadãos. Acrescenta Flávio Tartuce que o Estado requer um direito privado, e não dos particulares, confirmando a necessidade de superação desta dicotomia (DELGADO, M.L.; ALVES, J.F., *Questões controvertidas no novo Código Civil*, p. 128).

Sob influência jusnaturalista e racionalista, o direito privado indicava o estatuto dos particulares, pelo qual posicionava o indivíduo na órbita do ordenamento jurídico. Constituía, também, “expressão de um sistema que exaltava a atividade do indivíduo no âmbito da vida econômica e, sobretudo, garantia essa atividade como aquela tida como a mais idônea para tutelar o indivíduo”¹¹⁹.

O individualismo do direito privado levou à abstenção do Estado na ordem econômica e conferiu a esta um acentuado caráter subjetivista.

Com o desenvolvimento da indústria, a massificação contratual e a constituição do Estado moderno, este assumiu uma série de funções e serviços anteriormente exercidos pela iniciativa privada, dando-se início a uma seqüência de modificações no direito privado. A começar pela transformação do direito subjetivo de senhoria da vontade, para interesse juridicamente protegido pelo Estado, de sorte que “todo o fundamento do direito se inverte: o direito, mesmo o privado, promana da vontade do Estado”¹²⁰.

As Constituições contemporâneas, suportes do Estado Social, encerram valores e princípios aplicáveis a todos os setores do ordenamento, e se postam a regular situações jurídicas intersubjetivas, não apenas limitadas a regulamentar formas e procedimentos relativos à ação estatal.

O Estado passa a ingressar na ordem econômica não mais como mero garantidor da livre iniciativa e da autonomia privada, mas como operador econômico¹²¹ e como supremo regulador das forças de mercado.

Demais disso, funcionalizam-se socialmente os institutos jurídicos de caráter patrimonial, com vistas a situar, no centro dos interesses, o indivíduo como ser coletivo. Restaura-se a primazia da pessoa e o sistema jurídico passa a ser construído sob um comprometimento para com a realidade social concreta contemporânea.

A superação da lógica patrimonialista em razão dos valores existenciais da pessoa humana, recolocada no centro de interesses e na perspectiva de igualdade, deu início à “socialização” do Direito Civil, em um processo de “repersonalização” do direito privado. E, a partir da assunção pelos direitos

¹¹⁹ GIORGIANI, M., *O direito privado e as suas atuais fronteiras*, p. 41.

¹²⁰ GIORGIANI, M., *O direito privado e as suas atuais fronteiras*, p. 43.

¹²¹ O ente público, ao atuar no ambiente econômico e participar das relações contratuais, “abandona sua posição de supremacia e assume aquela de paridade, própria das relações privatísticas” (GIORGIANI, M., op. cit., p. 51).

individuais de uma função social voltada para a realização da dignidade humana, vivifica-se a idéia de Leon Duguit¹²² de que “os direitos só se justificam pela missão social para a qual devem contribuir”.

Ao Direito Civil foi atribuído um caráter ético-social, de modo que nas ações dos sujeitos de direito são exigidos pressupostos éticos, em atenção aos valores protegidos pelo ordenamento jurídico para a promoção da justiça social¹²³.

A esta mudança de enfoque no Direito Civil dá-se o nome de despatrimonialização, também adjetivada de constitucionalização, a socialização a que se faz menção importa na releitura do Direito Civil, das leis especiais e dos institutos a eles inerentes, tais como a autonomia privada e o contrato, à luz da Constituição, no intuito de aproximar o Direito Civil dos problemas e exigências da sociedade contemporânea. Privilegiam-se “valores não-patrimoniais, a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva, à qual devem se submeter a iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais”¹²⁴.

Dessa sorte, houve uma alteração substancial no ordenamento jurídico: o núcleo central passa do patrimônio para a pessoa e para as suas necessidades fundamentais, sempre na perspectiva da igualdade substancial.

Ao se reconhecer a prevalência dos princípios constitucionais sobre as situações patrimoniais, em prol da valorização do homem e promoção da sua dignidade e do seu livre desenvolvimento, está-se permitindo ao Direito Civil se abrir para a construção de um sistema jurídico civil-constitucional, onde o estatuto central da sociedade civil e política passa a ser o Texto Constitucional e não mais o Código Civil.

Em atenção aos valores sociais introduzidos pela normativa constitucional, a opção pela despatrimonialização da disciplina civilística não tem o condão de expulsar ou reduzir quantitativamente o conteúdo patrimonial do sistema jurídico e das relações intersubjetivas. Consoante assevera Pietro Perlingieri¹²⁵, “o

¹²² GOMES, O., *Direitos reais*, p. 108.

¹²³ Segundo BARCELLONA, P., *I controlli della libertà contrattuale*, p. 310, o controle da liberdade individual, sob aspectos ético-sociais, realizado pelo Estado Social não importa em fazer incidir, sobre a manifestação da autonomia, posteriores requisitos de validade e eficácia, mas sim de “*delimitarne la competenza nella determinazione del <giusto> mentro dell’operazione economica*” (Na tradução livre: “delimitar a competência (da autonomia) na determinação do <justo> dentro da operação econômica”).

¹²⁴ TEPEDINO, G. (coord.), *Problemas de Direito Civil-Constitucional*, p. 170.

¹²⁵ Id., *Perfis do direito civil*, p. 33.

momento econômico, como aspecto da realidade social organizada, não é eliminável”; ao contrário, pretende-se, na exigência de tutelar o homem e a sua dignidade, atribuir à aspiração econômica a função de contribuir para o livre desenvolvimento da pessoa humana. Trata-se, em verdade, de uma reconstrução qualitativa, e não quantitativa, do sistema jurídico consoante o valor da pessoa.

A pós-modernidade enfrenta, portanto, a necessidade de ressystematizar o Direito Civil. A existência de um Código total e totalizador, cuja sistemática é baseada em regras casuísticas voltadas para a pretensão de expor a plenitude dos atos e comportamentos da esfera privada, típico da tradição oitocentista, é refutada porque insustentável em face da realidade sócio-econômica do século XXI. Esclarece Ricardo Luis Lorenzetti¹²⁶ que “resystematizar” o Direito Civil significa dar um “salto a um novo patamar”, isto é, buscar novos patamares teóricos, novos paradigmas, que possam fundamentar o Direito contemporâneo. O Código Civil não mais se apresenta como norma superior, tendo sido substituído por normas fundamentais, encontradas na Constituição, em princípios, em valores.

Daí porque se mostra necessário compreender o Direito como sistema e não o tomar sob uma perspectiva meramente casuística. Esta entende que o Direito, embora apoiado em normas, somente se realiza na decisão dos casos concretos, ordenando as normas ao redor do caso; a concepção sistemática, ao revés, concebe o Direito como um conjunto estruturado de normas jurídicas, racionalmente elaborado, e dotado de uma conexão conceitual interna, encerrando em si mesmo todas as soluções possíveis para os problemas que se apresentem na vida social. Sob tais aspectos, “a análise de casos é enriquecedora e realista, porém pode levar ao caos social, se a única perspectiva são os interesses dos indivíduos. É necessário saber que benefícios ou prejuízos sofre no conflito bilateral o terceiro ausente, que é a sociedade, o que torna imprescindível dispor de uma perspectiva sistemática”¹²⁷.

Os princípios jurídicos se apresentam como pilares essenciais da concepção sistemática. Estejam eles – os princípios – expressos na formulação legislativa ou implícitos no ordenamento, constituem norma, “aplicável como regra de determinados comportamentos públicos ou privados”¹²⁸.

¹²⁶ Id., *Fundamentos do direito privado*, p. 77.

¹²⁷ LORENZETTI, R.L., *Fundamentos do direito privado*, p. 80.

¹²⁸ PEREIRA, C.M.S., *Instituições de direito civil*, vol. III, p. XII.

Segundo Norberto Bobbio¹²⁹, os princípios são normas gerais do sistema jurídico e servem ao mesmo fim para que servem as normas expressas, ou seja, tem a função de regular um caso. Os princípios permitem controlar a validade dos conceitos tradicionais diante da nova realidade econômica¹³⁰ e promover a justiça substancial e a dignidade da pessoa humana, fundamentos do Estado Social.

E porque liberdade nem sempre significa garantia de justiça, a sociedade contemporânea enfrenta a necessidade de um nexos funcional entre liberdade contratual e justiça de mercado. Por tal motivo, o Direito Civil incorporou valores extra-econômicos a fim de conduzir adequadamente as operações econômicas ao livre jogo de mercado, sem que sejam promovidas injustiças ou que se coloquem em risco valores fundamentais e inalienáveis, como os ligados à pessoa e à dignidade humana¹³¹.

Deste modo, os atos de autonomia privada não devem contrastar com a sua utilidade social, tampouco com a dignidade da pessoa humana, razão pela qual princípios como os da sociabilidade, da igualdade, da boa-fé objetiva, da função social e da solidariedade operam diretamente sobre o poder de autonomia reconhecido aos privados pelo ordenamento jurídico.

¹²⁹ ESPÍNDOLA, R.S., *Conceito de princípios constitucionais*, p. 57.

¹³⁰ GIORGIANI, M., *O direito privado e as suas atuais fronteiras*, p. 36.

¹³¹ GRISI, G., *L'autonomia privata...*, p. 186. A injustiça contratual pode advir da falta de liberdade, de informação, de ponderação, ou da má prática pré-contratual de umas das partes. Segundo SACCO, R., *Il contratto*, p. 27, o Direito, na contemporaneidade, tem se mostrado preocupado com o direito à informação do contraente, a partir de normas sobre erro, dolo, e sobre boa-fé nas tratativas, além da proteção do consumidor contra cláusulas vexatórias predispostas pelo contratante profissional. Deste modo, a justiça contratual focaliza sua tutela sob o contratante mais vulnerável, em atenção aos ditames constitucionais da sociabilidade e da dignidade da pessoa humana.

3.

A boa-fé objetiva e o direito contratual contemporâneo

O ordenamento jurídico é formado por regras; contudo, não o é exclusivamente. Também é composto por princípios jurídicos¹³², normas de direito que obrigam, que recaem sobre a interpretação e a aplicação de outras normas, e que possuem eficácia – positiva e negativa – sobre comportamentos públicos e privados.

Ao contrário das diretrizes eminentemente liberais do século XIX, onde, durante o primado das codificações, os princípios gerais de caráter civilísticos desempenharam papel de fontes meramente suplementares do Direito, limitados à supressão de lacunas e vazios legais, a partir de meados do século XX, consoante observei em trabalho anterior, “com as Constituições Sociais, os princípios assumem o caráter de normas jurídicas vinculantes, cuja vigência e eficácia transcendem a atividade meramente integrativa do Direito, dada a hegemonia e a preeminência conquistadas”¹³³. Os princípios gerais passam, desse modo, a atuar “como fundamentos de toda a ordem jurídica, na qualidade de princípios constitucionais”¹³⁴.

¹³² Embora ambos sejam espécimes do gênero “norma”, diferenciam-se regras e princípios. As regras têm caráter de generalidade, na medida em que são estabelecidas para um número indeterminado de atos ou fatos, regulando uma situação jurídica determinada. São as regras aplicáveis por completo ou não o são, seguindo a lógica do “tudo ou nada” e se duas regras entram em conflito, uma delas não será válida. Demais disso, o grau de abstração das regras é reduzido; são elas suscetíveis de aplicação direta no caso concreto e prescrevem imperativamente uma exigência, além de imporem questões de validade, podendo ser normas vinculantes com um conteúdo meramente formal. Por sua vez, a generalidade dos princípios é atribuída à capacidade de comportar uma série indefinida de aplicações. Os princípios seguem a lógica do peso ou da importância, de modo que em havendo um conflito entre princípios, será aferido o peso que cada um possui diante do caso concreto. Sob esta lógica, ao aplicar a norma que consigna um princípio, o intérprete deve considerar o seu peso, “podendo um mesmo princípio ser ou não ‘aplicado’ num determinado caso concreto, sem perder, contudo, a sua validade no sistema” (MARTINS-COSTA, J., *A boa-fé no direito privado*, p. 319). Possuem, ainda, os princípios, um alto grau de abstração, e carecem de mediação concretizadora dada a sua vagueza e indeterminação, pois “são *standards* juridicamente vinculantes radicados nas exigências de ‘justiça’ (Dworkin) ou na ‘idéia de direito’ (Larenz)” (ESPÍNDOLA, R.S., *Conceito de princípios constitucionais...*, p. 65). Os princípios são multifuncionais, desempenham uma função argumentativa ou reveladora de normas não expressas no ordenamento jurídico, de modo a permitir aos aplicadores do direito a sua integração e complementação, orientando as soluções jurídicas aos casos em concreto.

¹³³ NALIN, P. (coord.), *Contrato & Sociedade*, vol. 2, p. 176.

¹³⁴ ESPÍNDOLA, R.S., op. cit., p. 60.

Relevos da concretização do Estado Social, os princípios constitucionais – ditos “sociais” – voltam-se para limitar o alcance e o conteúdo dos princípios liberais ainda vigentes no ordenamento, v.g. o princípio da autonomia privada. Ferramentas imprescindíveis à realização da justiça distributiva, os princípios da função social, da equivalência das prestações e da boa-fé objetiva permitem ao Estado tutelar aquelas pessoas cuja debilidade econômica e/ou jurídica interessa ao poder negocial dominante.

Em decorrência da aplicação dos princípios constitucionais na ordem econômica, em território das relações interprivadas, o direito privado passa a confrontar-se com a constante presença do Estado no âmbito de suas relações jurídicas, fortemente marcadas pela “impessoalidade do tráfico mercantil e sujeitas a corriqueiros abusos e desequilíbrios”¹³⁵.

A Constituição Federal de 1988 e os valores que encerra, sobretudo a dignidade da pessoa humana, não mais tolera relações jurídicas obrigacionais que não realizem as suas respectivas funções sociais, a justiça substancial e que não atentem para a tutela do contratante econômica e/ou juridicamente mais vulnerável. Tampouco admite a autonomia privada como princípio absoluto e irrestrito.

Intervém, pois, o Estado na ordem econômica a fim de garantir a justiça social – e material – nas relações interprivadas que se apresentem em dissonância com os valores constitucionais. Das relações jurídicas obrigacionais são exigidas condutas regradas pela probidade, pela lealdade, pela cooperação recíproca das partes; isto é, o dirigismo contratual se efetiva, dentre outras formas, pelo princípio da boa-fé, que dirige a sua atenção para o atuar externo dos sujeitos no trato negocial, com vistas ao devido equilíbrio entre os contratantes e à realização da justiça contratual.

A nova ordem dirigida pelo Estado às relações jurídicas contratuais requer um modelo de equilíbrio econômico e normativo justo. A eficiência do mercado não mais se restringe à funcionalização das atividades produtivas ou à exigência de uma racionalidade estritamente econômica, mas se estende à equidade da relação jurídica, no sentido de lhe salvaguardar a parte mais vulnerável e de atuar

¹³⁵ NALIN, P. (coord.), *Contrato & Sociedade*, vol. II, p. 154.

consoante valores de solidariedade e boa-fé, em prol da materialização, também no campo do direito das obrigações, do princípio da dignidade da pessoa humana.

3.1

O princípio da boa-fé e o seu (re)aparecimento no contexto histórico

A boa-fé deriva da *fides* romana, cujas acepções atinham-se ora para conotações religiosas e morais, ora para a noção de garantia ou para a qualidade de uma pessoa; neste último caso, continha um dever referente às idéias de lealdade, de ética, de respeito à palavra empregada¹³⁶.

Nas relações internas¹³⁷, pressupunha-se a desigualdade das relações jurídicas e, assim, a *fides* romana desdobrou-se em *fides-poder* e *fides-promessa*. A *fides-poder* representava a noção de poder, relativa ao instituto jurídico da clientela, onde o *patronus* conferia uma parcela de liberdade a um escravo, que passava a integrar a classe dos *cliens*, com deveres de lealdade e obediência em benefício do seu patrono e em troca de proteção. A *fides-promessa*, por seu turno, retratava o comprometimento para com a promessa efetuada, ou seja, consistia na obrigação de alguém quanto ao respeito e à manutenção da palavra empenhada. A partir dessas figuras, despertou-se o sentido de entrega e de confiança.

A referência à *fides bona* é realizada pelos pretores romanos, contendo o sentido de “dever de adimplemento” e era utilizada para “embasar soluções quanto a negócios que não tinham fundamento na lei romana”¹³⁸. A *fides bona*, dotada de informalismo, representava uma norma aberta, “carecida do necessário preenchimento pelo julgador, a quem era garantida uma ampla margem de

¹³⁶ O Direito romano consagra, inicialmente, três conotações para a *fides* romana. São elas: a *fides-sacra*, voltada para ideais religiosos e morais; a *fides-fato*, associada à noção de clientela e de garantia, de ligação, como lecionam LISBOA, R.S., *Manual de direito civil*, p. 98 e OLIVEIRA, U.M., *Princípios informadores do sistema de direito privado*, p. 56; e, por fim, a *fides-ética*, que residia na qualidade de uma pessoa ou fazia referência a um dever que deveria ser cumprido.

¹³⁷ No tocante às relações externas, a *fides* romana revelava-se na *fides-externa*, relacionada à fé nos tratados internacionais e à supremacia do poderio romano sobre os povos conquistados, de modo que estes aceitavam a *deditio*, curvando-se ao poder romano, ao passo que o Império Romano renunciava o uso da força (DUARTE, R.P., *Boa-fé e abuso de direito no novo Código Civil Brasileiro*, p. 159).

¹³⁸ OLIVEIRA, U.M., op. cit., p. 57.

liberdade para a determinação do conteúdo normativo, da conduta esperada”¹³⁹. Esta concepção – de *fides bona* – do direito romano clássico, permitiu a criação de figuras essenciais ao Direito moderno, em especial, figuras referentes ao direito das obrigações v.g. o mandato, a sociedade, a compra e venda, etc..

Também é registrada na história do Direito Romano a noção de boa-fé subjetiva, referente à *bona fides* exigida na *usucapio*, como requisito para a defesa da posse. Àquele que argüia a *usucapio* exigia-se, desde o momento do início da posse, um comportamento honesto, no sentido de ter a consciência de não lesar ao legítimo proprietário.

A aceção romana detinha, como visto, uma duplicidade¹⁴⁰ de sentidos para a boa-fé, que se manifestava objetivamente no que tangia à disciplina contratual e atuava de forma subjetiva em outras áreas, como no direito de família e nos direitos reais.

O Jusracionalismo utilizou-se da expressão *bona fides* para melhor justificar a necessidade de respeitar os contratos celebrados, em virtude da grande importância conferida à palavra dada pelo princípio da fé jurada. Contudo, o uso da boa-fé a partir de tal concepção era mínimo, porque prevalecia o entendimento segundo o qual “o contrato deve, como é evidente, ser respeitado, sem que o apoio da boa-fé seja útil”¹⁴¹.

No Direito Canônico, a *bona fides* conserva uma utilização subjetiva; todavia, o canonismo confere ao princípio da boa-fé a idéia de ausência de pecado. Atribuía-se eficácia ao simples consentimento das partes, de modo que “a propriedade e o contrato vinculam as pessoas não somente porque a violação aos direitos decorrentes desses institutos jurídicos proporciona sanção em desfavor do ofensor, como também por causa da necessidade de observância à lei divina”¹⁴². Assim sendo, a quebra da palavra empenhada era reputada como pecado, pois a boa-fé, para os juristas canônicos, é enfatizada sob o ângulo subjetivo, traduzida

¹³⁹ DUARTE, R.P., *Boa-fé e abuso de direito no novo Código Civil Brasileiro*, p. 160. A *fides bona* é analisada no mesmo sentido por NOBRE JÚNIOR., E.P., *O princípio da boa-fé e o novo Código Civil*, p. 284.

¹⁴⁰ OLIVEIRA, U.M., *Princípios informadores do sistema de direito privado*, p. 57.

¹⁴¹ CORDEIRO, A.M.R.M., *Tratado de direito civil português*, p. 402.

¹⁴² LISBOA, R.S., *Manual de direito civil*, p. 100.

no dever de amor ao próximo, de forma que “quem ama ao próximo não mente e não trai a palavra dada”¹⁴³.

No apogeu do liberalismo, as relações jurídicas interprivadas eram fundadas exclusivamente na vontade, sempre alheia à interferência estatal, exceto para garantir o respeito à ordem pública e aos bons costumes. Sob influência da Pandectística e de suas concepções sistemáticas, os ordenamentos jurídicos se edificaram alheios ao emprego de princípios como o da boa-fé. Primavam por conceitos perfeitamente definidos, “apropriados ao raciocínio axiomático e a um sistema visto como fechado”¹⁴⁴.

Deste modo, no século XIX, apogeu do princípio da autonomia privada, cujo corolário compreendia a máxima *pacta sunt servanda* e, por conseguinte, a obrigatoriedade dos contratos, restringiu-se o princípio da boa-fé, resumindo-o ao aspecto subjetivo e deixando pouco espaço para a sua aplicação, fora do campo dos direitos reais¹⁴⁵.

Nesse ínterim, o *Code Civil* Francês de 1804 consagrou a boa-fé na sua acepção subjetiva, relativa aos direitos reais, sem que dela se pudesse extrair qualquer dever de conduta. A restrição à aplicação tão somente da boa-fé subjetiva se justifica pela exaltação ao dogma da vontade inerente ao pensamento liberal então dominante. Tal postulado objetiva assentar na consciência social que o indivíduo é um ser essencialmente livre, que somente pode se vincular e não pode sofrer nenhuma outra constrição senão aquelas que ele mesmo reconhece ou as que a ordem jurídica, excepcionalmente, e de forma limitada e vaga, lhe assinala. E porque é livre, a vontade manifestada do homem também o é, e, se da vontade livre tudo procede, somente a vontade livre pode obrigar¹⁴⁶.

O Direito, sob os auspícios do dogma da vontade, desinteressa-se pelo conflito social gerado pelo desequilíbrio nas relações jurídicas contratuais, pois que, dizia-se, “todo contrato é justo” quando proveniente de manifestações livres de vontade.

¹⁴³ OLIVEIRA, U.M., *Princípios informadores do sistema de direito privado*, p. 58. Acrescenta o jurista que a boa-fé nos contratos permaneceu apenas como axiologismo verbal, “em apreciação moralizadora, mas sem decisões práticas que possam ser vislumbradas”.

¹⁴⁴ Ibid., p.71.

¹⁴⁵ De acordo com FRADERA, V.M.J., *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*, p. 36, a aplicação da boa-fé se resumia, no Direito das Coisas, em geral, à teoria do usucapião e à da aquisição dos frutos.

¹⁴⁶ MARTINS-COSTA, J., *A boa-fé no direito privado*, p. 203.

Deste modo, sob à luz do *Code Civil*¹⁴⁷, apenas a força da vontade pode criar obrigações às partes contratantes, o que importa em esvaziar da boa-fé qualquer ímpeto de objetividade, restando sua aplicação limitada ao caráter subjetivo, interno ao agente, de foro íntimo e psicológico, contrapondo-se à má-fé enquanto estado de ignorância escusável.

No início do século XX, o Direito Alemão estendeu a noção de boa-fé para além do aspecto subjetivo. Traçou o princípio da boa-fé também sob bases éticas, relacionando-a às idéias de crença, de confiança, de honra e de lealdade à palavra empenhada, voltada para a real intenção das partes em contratar.

O Código Civil germânico (BGB) conferiu uma dupla dimensão à boa-fé, qual seja a subjetiva – *guter Glauben*, exprimindo a idéia de crença, traduzindo a *fides* latina no sentido cristão de fé, e de ignorância em prejudicar outrem – e a objetiva – *Treu und Glauben*¹⁴⁸, assentando-se em uma regra de conduta, a ser observada pelas pessoas no cumprimento de suas obrigações, em face do dever de garantir a manutenção da palavra dada.

Judith Martins-Costa¹⁴⁹ acrescenta que esta acepção da boa-fé, de cunho objetivo, parte das exigências da própria prática comercial, relacionada aos deveres de conduta para com a comunidade, assinalada pela experiência da jurisprudência (comercial) alemã. A boa-fé objetiva veio exprimir valores “ligados ao ritual, ao padrão social e à exterioridade do comportamento”¹⁵⁰ porque designa a lealdade aos termos pactuados em respeito à confiança gerada na outra parte e na necessidade de os contratantes considerarem, no exercício dos seus direitos, os interesses do outro consorte.

¹⁴⁷ Importante trazer à lume que a alínea 3ª do artigo 1.134 do Código Civil Francês faz alusão à obrigação das convenções em ser executadas de boa-fé. Todavia, esta norma restou obscurecida pela doutrina e jurisprudência francesas por um longo período de tempo. Isto porque, em que pese estar ocasionalmente inserto no Código o princípio da boa-fé, de nada teve valia, pois não se detinha meios hábeis para a sua concretização, na medida em que a alínea 1ª previa a máxima “o contrato é lei entre as partes”, isto é, as convenções têm força de lei entre as partes celebrantes, em evidente enaltecimento do princípio da autonomia da vontade. Complementa NOBRE JÚNIOR, E.P., *O princípio da boa-fé e o novo Código Civil*, p. 287, no tocante à norma em apreço, que “praticamente anulou qualquer tentativa de implementação da boa-fé como regra de conduta, a nortear as bases do ato jurídico”.

¹⁴⁸ Prevêem os §§ 157 e 242 do BGB, respectivamente, em tradução livre, *in verbis*: “Os contratos devem ser interpretados como exigem a fidelidade e a boa-fé, em atenção aos usos do tráfego” e “O devedor está obrigado a efetuar a prestação como exige a fidelidade e a boa-fé em atenção aos usos do tráfego”.

¹⁴⁹ Id., *A boa-fé no direito privado*, p. 207.

¹⁵⁰ CORDEIRO, A.M.R.M., *Tratado de direito civil português*, p. 401.

De acordo com a concepção alemã da *Treu und Glauben*, isto é, da boa-fé objetiva, nela se reconhecia uma fonte autônoma de direitos e obrigações, permeando a relação obrigacional com um vínculo dialético e polêmico, estabelecido entre devedor e credor, com elementos cooperativos necessários ao correto adimplemento¹⁵¹. Demais disso, o conteúdo da boa-fé objetiva, em razão da valoração do contexto em que operam as partes, não é determinado em abstrato, mas sim aferido individualmente, isto é, de caso em caso, distinguindo “*i casi in cui la strutturale debolezza sociale altera la dialettica tra i consociati*”¹⁵² aspecto este que confere abertura ao sistema jurídico alemão. Daí a grande importância da jurisprudência alemã na consolidação do princípio da boa-fé objetiva no âmbito do direito contratual¹⁵³.

Sem prejuízo aos sistemas jurídicos que consagram a boa-fé objetiva dentre suas normas e sem a intenção de lhes diminuir a importância, dá-se destaque à legislação civil italiana, que, em 1942, com a reforma do Código Civil Italiano, disciplina expressamente o princípio da boa-fé objetiva em muitos dos seus dispositivos.

A normativa italiana determina que credor e devedor devem portar-se pela regra de *correttezza*¹⁵⁴, por meio da qual reclama o valor social do “agir honestamente”, conjuntamente com o “empenho de cooperação”, o “respeito às expectativas do outro” e a “confiança recíproca”, assumindo um significado sinônimo à boa-fé objetiva, mas inclinado mais diretamente aos valores sociais da solidariedade e da justiça¹⁵⁵.

O princípio da boa-fé obriga as partes a agirem conforme os seus preceitos tanto na fase das tratativas, como na formação do contrato¹⁵⁶; igualmente, a

¹⁵¹ FRADERA, V.M.J., *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*, p. 37.

¹⁵² D'ANGELO, A.; MONATERI, P.G.; SOMMA, A., *Buona fede e giustizia contrattuale*, p. 116. Na tradução livre: “os casos em que a estrutura do déficit social altera a dialética dos consorciados”.

¹⁵³ OLIVEIRA, U.M., *Princípios informadores do sistema de direito privado*, p. 60. Neste íterim, acrescenta LISBOA, R.S., *Manual de direito civil*, p. 101, que no Direito Alemão foi dada grande importância à aplicação da boa-fé objetiva nos casos de aparência de direitos, com vistas à proteção da legítima expectativa despertada na parte de boa-fé.

¹⁵⁴ Código Civil Italiano, artigo 1.175, *in verbis*: “*Il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza*”. Na tradução livre: “O devedor e o credor devem comportar-se segundo as regras de *correttezza*”.

¹⁵⁵ SCALISI, A., *La comune intenzioni dei contraenti...*, p. 200.

¹⁵⁶ Código Civil Italiano, artigo 1.337, *in verbis*: “*Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede*”. Na tradução livre: “As partes, no desenvolvimento das tratativas e na formação do contrato, devem comportar-se segundo a boa-fé”.

legislação civil italiana impõe às partes, na execução do contrato, uma conduta de boa-fé¹⁵⁷, a ser considerada pelo intérprete diante do caso concreto, de forma que “*le dichiarazioni che le parti si scambiano vanno intese così come le intenderebbe una persona onesta e leale*”¹⁵⁸. A execução do contrato conforme a boa-fé comporta um critério elástico, que adapta o contrato às novas circunstâncias intervenientes no espaço entre a conclusão e a sua atuação, a fim de que as vantagens que as partes contratantes esperam obter da operação econômico-jurídica sejam equilibradas.

Ademais, os contratos devem ser interpretados segundo a boa-fé¹⁵⁹, o que implica verificar se as cláusulas contratuais, considerando o comportamento das partes, estão em conformidade com a livre determinação dos contratantes e se lhes foi atribuído um conteúdo equitativo e justo. Reconhece-se, outrossim, que o direito italiano consagra a boa-fé como instrumento para a interpretação da declaração de vontade consubstanciada na relação jurídica pactuada, e lhe atribui, concomitantemente, uma função integrativa, “para completar com base em fundamentos ético-sociais, a disciplina obrigacional formulada pela vontade dos contratantes”¹⁶⁰.

Resgatado pelas Constituições Sociais, o padrão ético – segundo o qual as partes de uma relação jurídica obrigacional devem se portar de modo a satisfazer reciprocamente os interesses e as legítimas expectativas geradas – sobleva a boa-fé objetiva a um dos princípios fundamentais da ordem jurídica contemporânea.

O reconhecimento da complexidade¹⁶¹ das relações jurídicas obrigacionais, colocando em evidência o comportamento das partes contratantes e a necessidade do equilíbrio das prestações, alumia a importância da boa-fé objetiva no trato negocial, cuja finalidade maior é a promoção da justiça social e a proteção à dignidade da pessoa humana.

No Direito Brasileiro, o Código Civil de 1916 erigiu-se em meio a uma sociedade predominantemente agrária, no qual imperava o princípio da autonomia

¹⁵⁷ Código Civil Italiano, artigo 1.375, *in verbis*: “*Il contratto deve essere eseguito secondo buona fede*”. Na tradução livre: “O contrato deve ser executado segundo a boa-fé”.

¹⁵⁸ ZATTI, P.; COLUSSI, V., *Lineamenti di diritto privato*, p. 379. Na tradução livre: “as declarações que as partes trocam são entendidas como as entenderia uma pessoa honesta e leal”.

¹⁵⁹ Código Civil Italiano, artigo 1.366, *in verbis*: “*Il contratto deve essere interpretato secondo buona fede*”. Na tradução livre: “O contrato deve ser interpretado segundo a boa-fé”.

¹⁶⁰ THEODORO JÚNIOR, H., *O contrato e a sua função social*, p. 18.

¹⁶¹ Conforme nota 260.

privada, abstraído do ideal da justiça material porque envolto na suposta igualdade de partes e na obrigatoriedade dos termos livremente contratados.

Diante de tal realidade, o legislador de 1916 não dispensou qualquer tratamento relativo ao princípio da boa-fé objetiva, princípio já consagrado, por exemplo, pelo Código Civil Alemão (BGB)¹⁶² e pela própria legislação comercial pátria, que expressamente aludiu à boa-fé como elemento de interpretação dos negócios jurídicos¹⁶³.

O Código Civil de 1916¹⁶⁴ restringiu a boa-fé às hipóteses de ignorância escusável, ou seja, sob o aspecto meramente subjetivo, aplicado especialmente em matéria de direito de família e no tratamento da proteção da posse.

A inexistência de expressa previsão no Código Civil de 1916 ao princípio da boa-fé passou a exprimir lacuna angustiosamente sentida quando os tradicionais princípios de Direito das Obrigações – o da autonomia privada, expresso na autovinculação, e o da responsabilidade por culpa – começaram a se mostrar mais que nunca insuficientes para uma justa solução de casos resultantes, por exemplo, da contratação por adesão, ou do exercício abusivo de posição contratual, ou do indevido recesso das tratativas contratuais, ou da necessidade de revisão das bases contratuais em casos de excessiva onerosidade, entre outros tantos, que poderiam ser aqui lembrados. Aí está a razão pela qual o princípio da boa-fé – que, bem lembrava Couto e Silva, “endereço-se sobretudo, ao juiz e o instiga a formar instituições para responder aos novos fatos”, passou a conformar verdadeiro e próprio modelo jurisprudencial¹⁶⁵.

Limitava-se, portanto, o Código Civil de 1916 às alusões à boa-fé subjetiva, sem fazer quaisquer referências aos deveres de conduta das partes nas relações obrigacionais¹⁶⁶.

¹⁶² Consoante já assinalado, o princípio da boa-fé é consagrado pelo Código Civil alemão (BGB) nos parágrafos §157 e §242. Conforme nota 148.

¹⁶³ O Código Comercial Brasileiro de 1850 incluiu a boa-fé objetiva “como princípio vigorante no campo obrigacional e relacionou-o também com os usos do tráfico” (SILVA, C.C., *A obrigação como processo*, p. 30) no seu artigo 131, inciso I, *in verbis*: “Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases: I- a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa-fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras”.

¹⁶⁴ Dentre os dispositivos do Código Civil de 1916 relativos à boa-fé subjetiva, destacam-se os artigos 510 e seguintes, concernentes à matéria possessória, e o artigo 221 acerca do casamento putativo, respectivamente, *in verbis*: “O possuidor de boa-fé tem direito, enquanto ela durar, aos frutos percebidos” e “Embora anulável, ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos civis até o dia da sentença anulatória”.

¹⁶⁵ MARTINS-COSTA, J.; BRANCO, G.L.C., *Diretrizes teóricas...*, p. 197.

¹⁶⁶ Entrementes, cabe registrar a opinião de Clóvis do Couto e Silva, citado por FRADERA, V.M.J., *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*, p. 48, segundo o qual, muito embora não existisse dispositivo legislativo consagrando expressamente o princípio da boa-

No desenrolar da evolução econômica brasileira do século XX, à teoria contratual foram impostas novas exigências para fazer frente à massificação contratual e ao desequilíbrio – econômico, jurídico, social – das partes contratantes, em constante crescimento.

Em 1988, a Constituição Federal promulgada sob as bases da justiça social e da promoção da dignidade humana, primeira na hierarquia das fontes do Direito, silencia a respeito do princípio da boa-fé objetiva como um dos fundamentos da ordem jurídica contemporânea. Contudo, ao mesmo tempo em que não faz menção expressa à boa-fé objetiva, o legislador constituinte inclui, dentre os valores sociais prevalentes, a conduta ética no cumprimento das relações jurídicas interprivadas.

Embora não esteja a boa-fé objetiva anotada expressamente no corpo da Constituição Federal de 1988, o princípio da boa-fé deriva dos princípios da livre iniciativa e da solidariedade¹⁶⁷, neles concretizando-se, com vistas à justiça social e à realização da dignidade da pessoa humana.

Nesta linha de pensamento, Carlyle Popp¹⁶⁸ aduz que seria inconcebível não reconhecer um fundamento constitucional ao princípio da boa-fé objetiva. A Constituição Federal de 1988 consagrou a preocupação do indivíduo enquanto ser humano, razão pela qual erigiu como um dos pilares fundamentais da ordem

fé no Direito das Obrigações, dada a essencialidade e o caráter fundamental do princípio, sua presença independeria de recepção legislativa. Para o jurista, “quando num código não se abre espaço para um princípio fundamental, como se fez com o da boa-fé, para que seja enunciado com a extensão que se pretende, ocorre ainda assim a sua aplicação por ser o resultado de necessidades éticas essenciais, que se impõem ainda quando falte disposição legislativa expressa” (Ibid., p. 49). Ademais, a inexistência no Código Civil de 1916 da boa-fé objetiva “não impede que o princípio tenha vigência em nosso direito das obrigações, pois se trata de proposição jurídica, com significado de regra de conduta. O mandamento de conduta engloba todos os que participam do vínculo obrigacional e estabelece, entre eles, um elo de cooperação, em face do fim objetivo a que visam” (SILVA, C.C., *A obrigação como processo*, p. 30). Em igual sentido manifestou-se PEZZELA, M.C.C., *O princípio da boa-fé objetiva no direito privado alemão e brasileiro*, p. 210: “o princípio da boa-fé objetiva, independentemente de sua positivação, pode ser aplicado, porquanto constitui o resultado de necessidades éticas essenciais, sem as quais inexiste qualquer sistema jurídico”. Todavia, os juízes encontravam dificuldade quando da motivação de suas decisões por não haver norma de referência à boa-fé objetiva.

¹⁶⁷ Corrobora deste entendimento NALIN, P., *Do contrato: conceito pós-moderno...*, p. 128, ao dispor que “a boa-fé não está expressamente anotada na Constituição, sendo dela, todavia, derivada, o que não lhe retira a importância sistêmica e a eficácia legal. Realiza a boa-fé, em nível concreto (negocial), o princípio constitucional da solidariedade, donde, creio, é oriunda”.

¹⁶⁸ Id., *Responsabilidade civil pré-negocial...*, p. 106. Corrobora desta opinião NEGREIROS, T., *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*, p. 270, ao entender o princípio da boa-fé objetiva como instrumento de constitucionalização do direito obrigacional, dispondo que “o princípio da boa-fé atua, nesta ordem de idéias, como o instrumento por excelência do enquadramento constitucional do direito obrigacional, na medida em que a consideração pelos interesses que a parte contrária espera obter de uma dada relação contratual mais não é do que o respeito à dignidade da pessoa humana em atuação no âmbito obrigacional”.

jurídica brasileira o princípio da dignidade da pessoa humana. E, no âmbito obrigacional, a boa-fé objetiva é, nesta linha, nada mais, que a materialização do princípio da dignidade humana, na medida em que, em uma relação obrigacional, devem ser considerados os interesses e a proteção de ambas as partes contratantes.

A construção de uma sociedade livre, justa e solidária está entre os objetivos fundamentais traçados pela Carta Magna de 1988¹⁶⁹, e tal arquitetura é, em grande parte, edificada a partir de condutas éticas insertas nas relações jurídicas contratuais, necessárias para a convivência social pacífica e para a realização da justiça social proclamada pela ordem constitucional. Por tal razão, a não menção expressa ao princípio da boa-fé na Constituição Federal de 1988 não importa na sua ausência ou na sua irrelevância, acrescido do fato de que os princípios gerais de Direito, por seus valores e potenciais próprios, independem de positivação para serem aplicados às circunstâncias concretas, pois que “*hay principios generales del Derecho que se encuentran formulados en normas legales y otros que se encuentran consuetudinariamente practicados*”¹⁷⁰.

A boa-fé objetiva aparece também como reflexo dos princípios da liberdade contratual e da função social da propriedade, prescritos nos artigos 5º, *caput* e inciso XXIII, e 170, inciso III¹⁷¹, da Constituição Federal de 1988. A realidade econômica contemporânea e as exigências sociais que dela derivam, representam a base sobre a qual a boa-fé atua como limite da autonomia privada e da liberdade contratual, e como meio – consubstanciado em padrões de lealdade e cooperação mútua – para o cumprimento da função social do contrato, defluente do princípio constitucional da função social da propriedade¹⁷².

¹⁶⁹ Dispõe o inciso I, do artigo 3º, da Constituição Federal de 1988, *in verbis*: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I- construir uma sociedade livre, justa e solidária”.

¹⁷⁰ FACHIN, L.E. (coord.), *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*, p. 189.

¹⁷¹ Constituição Federal, artigo 5º, *caput* e inciso XXIII, e artigo 170, inciso III, respectivamente, *in verbis*: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXIII- a propriedade atenderá a sua função social” e “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) III- função social da propriedade”.

¹⁷² A função social do contrato está intimamente ligada ao princípio constitucional da função social da propriedade; tal associação decorre do fato de ser a propriedade “o segmento estático da atividade econômica, enquanto o contrato é seu segmento dinâmico. Assim, a função social da propriedade afeta necessariamente o contrato, como instrumento que a faz circular” (LÔBO, P.L.N., *Princípios sociais dos contratos...*, p. 191). O contrato, com as novas vestes conferidas pelos valores sociais contidos na Constituição Federal de 1988, deve ser exercido em

Para fazer frente às novas exigências da sociedade, no que concernem às relações interpessoais e a busca pela igualdade material e pela justiça substancial diante da massificação contratual, o Código de Defesa do Consumidor¹⁷³ incorpora o princípio da boa-fé objetiva como diretriz das relações de consumo, de modo a exigir dos contratantes, em especial dos fornecedores face à vulnerabilidade dos consumidores, uma conduta leal, proba e honesta, condizente com os valores preconizados no texto constitucional.

A boa-fé objetiva serve, ainda, de princípio orientador da interpretação integrativa da ordem econômica, a viabilizar o disposto no artigo 170¹⁷⁴ da Constituição Federal de 1988, atuando – a boa-fé – como cláusula geral das relações de consumo e como instrumento de controle do abuso contratual, restringindo os limites da autonomia privada.

A atual lei consumerista rompe, assim, com a visão individualista das relações jurídicas obrigacionais traçadas pelo Código Civil de 1916, consolidando a boa-fé objetiva como princípio fundamental das relações jurídicas contratuais a fim de “reequilibrar as relações de consumo, harmonizando e conferindo transparência às relações contratuais no mercado brasileiro”¹⁷⁵.

A Lei nº 10.406/2002, que instituiu o novo Código Civil Brasileiro, mitigou o princípio da autonomia privada, deslocando o vértice do sistema

conformidade com os interesses sociais, não apenas preconizando os interesses individuais nele inseridos, sempre que aqueles se apresentem. Conforme nota 176.

¹⁷³ Código de Defesa do Consumidor, artigo 4º, inciso III e 51, inciso IV, respectivamente, *in verbis*: “A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção dos seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (...) III- harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores” e “São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...) VI- estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé e a equidade”.

¹⁷⁴ Conforme nota 63.

¹⁷⁵ SILVA, A.E.S., *Cláusula geral de boa-fé nos contratos de consumo*, p. 151. Em igual sentido, assinala PEIXOTO, E.L., *O princípio da boa-fé no direito civil brasileiro*, p. 160, que a boa-fé objetiva, ao ser inserida no Código de Defesa do Consumidor como princípio informador das relações de consumo, ocasionou uma verdadeira “revolução” no direito obrigacional, porque “dotou o judiciário da ferramenta que lhe faltava para solução de inúmeros casos práticos oriundos das relações de massa e, além disso, permitiu o recurso a analogia para introduzir o mandamento da boa-fé também nas relações entre particulares”.

obrigacional na direção do princípio da função social do contrato¹⁷⁶, rompendo com o individualismo característico do período liberal em que vigia o Código Civil anterior e adequando o texto legal aos valores sociais do homem exigidos pela ordem constitucional.

Sem olvidar da previsão da boa-fé subjetiva, o Código Civil de 2002 expressamente consagrou o princípio da boa-fé objetiva em vários de seus dispositivos, reclamando uma conduta ética por parte dos sujeitos que integram a relação jurídica. Erigiu a boa-fé objetiva a princípio fundamental da ordem contratual e à cláusula geral dos contratos, ao dispor que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e da boa-fé”¹⁷⁷.

Sobre a relação contratual, seja de cunho civil ou mercantil, repousa o dever recíproco de lealdade e de cooperação, independentemente de previsão expressa, em todas as fases do contrato, inclusive após a sua extinção.

Nota-se que a normativa associou o princípio da boa-fé ao princípio da probidade. Esta, no direito contratual, diferentemente do direito administrativo onde se relaciona à idéia de “princípio da moralidade”, corresponde a uma qualidade exigível sempre da conduta de boa-fé. O princípio da probidade vem acompanhado dos princípios da confiança, da informação e da lealdade, complementando o próprio princípio da boa-fé objetiva.

A norma civilística vem igualmente limitar a liberdade contratual e o princípio da autonomia privada impondo uma regra de conduta aos titulares de um

¹⁷⁶ O legislador civilista, ao dispor no artigo 421 do Código Civil de 2002 que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”, inculcou, na moderna teoria contratual, a idéia de função social, derivada do princípio constitucional da função social da propriedade e do valor social da livre iniciativa, respectivamente princípio geral da ordem econômica (art. 170, III) e fundamento da República (art. 1º, IV). O contrato tem importância para a sociedade como um todo, uma vez que os reflexos de qualquer negócio jurídico alcançam não apenas as partes contratantes, como também o meio social em que o negócio foi realizado. Esta interferência no meio social justifica o acréscimo de novos valores, como os da função social e da própria boa-fé objetiva, aos institutos privados, ao levar-se em conta que “o exercício da autonomia privada, nos nossos tempos, ‘deve orientar-se não só pelo interesse individual mas também pela utilidade que possa ter na consecução dos interesses gerais da comunidade’” (THEODORO JÚNIOR, H., *O contrato e sua função social*, p. 14). A função social atribuída ao contrato impõe às partes contratantes o respeito aos interesses do meio social em que se inserem e no qual realizam o negócio jurídico, tendo em vista a concreção do princípio da solidariedade previsto no texto constitucional (art. 3º, I).

¹⁷⁷ Código Civil, artigo 422. Conforme nota 73.

direito, que, ao exercê-lo, devem observar os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes¹⁷⁸.

Insta observar, ainda, que a norma inserta no artigo 113¹⁷⁹, do Código Civil de 2002, preconiza a boa-fé como norma de interpretação dos negócios jurídicos. A norma é dirigida ao intérprete, a quem compete analisar o conflito de interesse segundo um critério de correção e lealdade, de modo a tutelar a confiança que as partes depositaram sobre o negócio celebrado.

Fator determinante para o redimensionamento das relações interprivadas, a boa-fé objetiva permeia o Direito Civil e, conseqüentemente, o novo Código Civil, de uma forte noção ética, consistindo em um dos principais pilares da legislação civil brasileira contemporânea.

3.2

Uma importante distinção: boa-fé objetiva e boa-fé subjetiva

A expressão “boa-fé” comporta duas acepções em Direito. Por vezes se refere a um estado subjetivo acerca do conhecimento de determinadas circunstâncias, em outras manifesta-se como máxima objetiva “que determina aumento de deveres, além daqueles que a convenção explicitamente constitui”,¹⁸⁰. Diz-se, respectivamente, boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva.

A conotação subjetiva remete o instituto para um elemento psicológico, intrínseco ao autor. A boa-fé subjetiva compreende uma convicção interior de que o direito que se possui é justo, dado o desconhecimento de uma circunstância ou um vício que torne ilegítima àquela pretensão. Compreende a intenção de não prejudicar a outrem, consubstanciada na ignorância justificada de um fato que interfira na esfera jurídica alheia, de qualquer modo tornando ilegítima a aquisição do direito pretendido.

¹⁷⁸ Código Civil de 2002, artigo 187, *in verbis*: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestadamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

¹⁷⁹ Código Civil de 2002, artigo 113, *in verbis*: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

¹⁸⁰ SILVA, C.C., *A obrigação como processo*, p. 29.

Ao considerar a boa-fé subjetiva, tem-se em mente “regular a ação daquele que atua movido por uma crença, errônea e escusável, acerca de determinada situação jurídica”¹⁸¹.

Princípio geral do Direito, a boa-fé subjetiva sempre se presume, admitindo-se prova em sentido contrário, no entanto, para se demonstrar a sua antítese, isto é, a má-fé.

A boa-fé subjetiva compreende uma qualidade atribuída a um sujeito, relativa à não consciência do injusto que produz, porque decorrente de um estado de ignorância ou de desconhecimento sem culpa, e sem reclamar qualquer diligência por parte do sujeito.

Em tal caso, para a sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção do sujeito da relação jurídica obrigacional, ponderando o seu estado psicológico ou a sua íntima convicção.

A boa-fé subjetiva, conforme averbei em trabalho anterior¹⁸², é a modalidade adotada pelo direito privado clássico a fim de justificar determinado exercício de direito com base em uma não intencional e ignorada lesão a outrem, uma vez que “o subjetivismo atribuído à boa-fé pelo liberalismo econômico está voltado, assim, à figura da crença, da ignorância de acreditar-se titular de um direito quando, na verdade, não transcende à imaginação e à fantasia”¹⁸³.

O legislador de 1916 adotou este copioso subjetivismo especialmente no que compete à disciplina dos direitos reais, onde a boa-fé subjetiva é chamada a reger determinadas situações jurídicas, calcadas na lesão a um direito de outrem advinda de um estado de ignorância justificável sobre a real circunstância que se apresenta para o sujeito, autor do dano.

No que tange ao direito contratual, entretanto, a moldura clássica da boa-fé subjetiva não se revela adequada para conduzir as relações jurídicas. Assinala Paulo Nalin¹⁸⁴ que “exige a atual conjuntura dos contratos uma manifestação desprendida do subjetivismo, em que possam os contratantes, independentemente do pólo contratual que ocupem (credor ou devedor), ou da fase de execução da obrigação em análise, atingirem a plena satisfação de seus interesses

¹⁸¹ NOBRE JÚNIOR, E.P., *O princípio da boa-fé e o novo Código Civil*, p. 293.

¹⁸² NALIN, P. (coord.), *Contrato & Sociedade*, vol. 2, p. 177.

¹⁸³ Ibid, p.178.

¹⁸⁴ FACHIN, L.E. (coord.), *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*, p. 195.

econômicos”. Isto porque às partes não é dada a possibilidade de frustrar as legítimas expectativas formuladas na esfera jurídica do outro contratante, devendo, ambos, pautar suas ações conforme parâmetros objetivos de conduta.

Não obstante, o Código Civil de 2002 prevê a boa-fé subjetiva na disciplina dos direitos reais e do direito de família, referentes à posse, à indenização por benfeitorias, ao casamento putativo, entre outras. Determina a lei civil, v.g. ser de boa-fé a posse quando se está diante da ignorância do possuidor acerca do vício ou do obstáculo que impede a aquisição da coisa; ser presumida a boa-fé quando o possuidor detém um justo título; ou ter direito à indenização a pessoa que semeia, planta ou edifica de boa-fé¹⁸⁵.

A boa-fé subjetiva denota, portanto, primariamente, a idéia de ignorância, de crença errônea, ainda que excusável, acerca da existência de uma situação regular, crença (e ignorância excusável) que repousam seja no próprio estado (subjetivo) da ignorância (as hipóteses do casamento putativo, da aquisição da propriedade alheia mediante a usucapião), seja numa errônea aparência de certo ato (mandato aparente, herdeiro aparente etc.). Pode denotar, ainda, secundariamente, a idéia de vinculação ao pactuado, no campo específico do direito contratual, nada mais aí significando do que um reforço ao princípio da obrigatoriedade do pactuado, de modo a se poder afirmar, em síntese, que a boa-fé subjetiva tem o sentido de uma condição psicológica que normalmente se concretiza no convencimento do próprio direito, ou na ignorância de se estar lesando direito alheio, ou na adstrição “egoística” à literalidade do pactuado¹⁸⁶.

A acepção objetiva da boa-fé, por outro lado, confere um aspecto moral à relação jurídica, na medida em que impõe às partes uma conduta leal e proba, portanto, ética, no cumprimento das suas relações obrigacionais.

Modelo de conduta, standard ou arquétipo jurídico, a boa-fé objetiva se solidifica sob as idéias de lealdade, probidade e honestidade, a fim de conduzir à observância da palavra dada na obrigação contraída e dos deveres decorrentes da obrigação assumida pelos contratantes. É regra de conduta, enquanto dever de “*correttezza*”, de cooperação e de confiança mútua, voltada para a fidelidade na

¹⁸⁵ Código Civil de 2002, artigo 1.201 e 1.255, respectivamente, *in verbis*: “É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa. Parágrafo único. O possuidor com justo título tem por si a presunção de boa-fé, salvo prova em contrário, ou quando a lei expressamente não admite esta presunção” e “Aquele que semeia, planta ou edifica em terreno alheio perde, em proveito do proprietário, as sementes, plantas e construções; se procedeu de boa-fé, terá direito à indenização. Parágrafo único. Se a construção ou a plantação exceder consideravelmente o valor do terreno, aquele que, de boa-fé, plantou ou edificou, adquirirá a propriedade do solo, mediante o pagamento da indenização fixada judicialmente, se não houver acordo”.

¹⁸⁶ MARTINS-COSTA, J., *A boa-fé no direito privado*, p. 411.

satisfação dos interesses e da legítima expectativa do outro contratante, além da satisfação de suas próprias necessidades.

Por se tratar de regra de conduta, a boa-fé objetiva incute no comportamento dos sujeitos um dever recíproco de lealdade, sobre o qual, no mundo social, se depositam legítimas expectativas das partes envolvidas na relação obrigacional.

Permite a boa-fé “o controle da ‘justiça concreta do conteúdo dos contratos’, ou seja, (...) a comutatividade ou equilíbrio entre prestação e contraprestação”¹⁸⁷, limitando a autonomia privada e circunscrevendo os limites dentro dos quais o exercício do direito é lícito e se mostra legítimo.

Ao contrair uma obrigação, ambos os consortes devem pautar as suas ações e o exercício de seus direitos subjetivos segundo parâmetros de boa-fé objetiva, atentando para deveres recíprocos de comportamento e objetivando atender às legítimas expectativas oriundas do acordo celebrado, desde o momento das tratativas até mesmo em momento posterior à conclusão do pacto.

As partes devem agir com lealdade e confiança recíprocas. Devem, portanto, proceder de boa-fé. Esta concepção ética exige do sujeito certo grau de diligência no tráfego jurídico. Neste aspecto, convém atentar para o fato de que as desigualdades sócio-culturais da sociedade contemporânea, em especial da sociedade brasileira, impedem que seja instituído um standard geral de diligência, aplicável em qualquer hipótese e a qualquer indivíduo. Deste modo, os cuidados e as condutas dos indivíduos no trato jurídico, exigidos pela boa-fé objetiva, são analisados *in concreto* pelo intérprete e, “quanto mais alto for o nível econômico-social do sujeito, maior será a exigência”¹⁸⁸.

¹⁸⁷ DUARTE, R.P., *Boa-fé e abuso de direito no novo Código Civil*, p. 156.

¹⁸⁸ Ibid, p. 168. Uma ressalva mostra-se importante. Quando se faz menção à necessidade de os sujeitos, no trato negocial, agirem com certo grau de diligência consoante exigido pelo princípio da boa-fé, pretende-se medidas éticas na atuação dos indivíduos, donde cuidados em relação à satisfação dos interesses do consorte e à proteção do seu patrimônio e da sua pessoa devem sobrepor-se ao mero aprazimento dos interesses individuais. Por outro lado, merece consideração a diferença entre diligência e boa-fé. Explana Cesare Massimo Biana que “*la diligenza consiste nell’adeguato impiego delle energie e dei mezzi idonei alla realizzazione di un determinato fine; (...) impone precisamente, l’adeguato sforzo volitivo e tecnico per realizzare l’interesse del creditore e per non ledere i diritti di altrui*” (ALPA, G; ZATTI, P., *Lecture di diritto privato*, p. 515. Na tradução livre: “a diligência consiste no adequado emprego das energias e dos meios idôneos à realização de um determinado fim; (...) impõe, precisamente, o adequado esforço volitivo e técnico para realizar o interesse do credor e para não prejudicar direito de outrem”). A boa-fé objetiva, por outro lado, é uma norma de conduta que impõe às partes considerar a utilidade da contraparte, isto é, “*la considerazione di quell’interesse che non è oggetto di una specifica tutela giuridica, e che tuttavia il contraente deve salvaguardare in forza della solidarietà*”.

O conteúdo da boa-fé objetiva não provém da letra da lei; ao revés, depende das concretas circunstâncias do caso concreto, razão pela qual não pode ser rigidamente fixado. Seu conteúdo indeterminado permite que a normativa se amolde às inovações e às alterações dos valores vigentes na sociedade, ocorridas no transcurso dos anos. Para tanto, a aplicação do princípio se efetiva por meio da concreção realizada pela atividade judicante, a qual preenche, caso a caso, o conteúdo da boa-fé, por meio de valorações objetivas, desprendida da intencionalidade do agente.

Acrescenta Maria Victoria Sansón Rodríguez¹⁸⁹ que:

“el concepto de buena fe objetiva, (...) es una cláusula general, es un concepto indeterminado de una gran generalidad, que necesita ser concretado en el caso concreto por el juez; pero esa indeterminación interesa al legislador para facilitar la constante adaptación a la realidad y a la conciencia social. Por otro lado, mientras que la buena fe subjetiva entra en juego cuando se viola, sin conciencia de ello, una norma o se lesiona un derecho ajeno, la buena fe objetiva entra en juego y se exige, en cambio, sin que se haya violado norma ni se lesione ningún derecho, esto es, sin que exista um defecto jurídico”.

Destarte, a boa-fé objetiva afasta o formalismo e permite ao Direito aproximar-se dos novos problemas e da realidade social de modo substancial, ao promover a abertura do sistema jurídico; e, por meio da atuação judicial, a boa-fé é aplicada para controlar o contrato na sua materialidade, concomitantemente com a proteção da confiança despertada em ambas as partes contratantes, com vistas à justiça social.

Não se confundem boa-fé e equidade. Embora ambas sejam importantes fatores para a integração das normas, a boa-fé é norma de direito estrito, determinante de uma conduta regada pela lealdade, honestidade e probidade,

contrattuale” (ALPA, G; ZATTI, P., op. cit., loc. cit. Na tradução livre: “a consideração daquele interesse que não é objeto de uma específica tutela jurídica, e que todavia o contratante deve salvaguardar por força da solidariedade contratual”). Deste modo, enquanto a diligência faz referência a um critério de valoração do adimplemento e atua sob o plano da atuação da relação jurídica obrigacional, a boa-fé trata de um critério de integração da relação jurídica e atua sob o plano conformativo, colocando-se como fonte de obrigações ulteriores.

¹⁸⁹ GAROFALO, L., *Il ruolo della buona fede oggettiva nell’esperienza giuridica storica e contemporanea*, p. 355. Na tradução livre: “o conceito de boa-fé objetiva, (...) é uma cláusula geral, é um conceito indeterminado de grande generalidade, que necessita ser concretizado no caso concreto pelo juiz; porém essa indeterminação interessa ao legislador para facilitar a constante adaptação à realidade e à consciência social. Por outro lado, enquanto a boa-fé subjetiva entra em jogo quando se viola, sem consciência disto, uma norma ou se lesa um direito alheio, a boa-fé objetiva entra em jogo e exige, em troca, sem que se tenha violado nenhuma norma ou lesado nenhum direito, isto é, sem que exista um defeito jurídico”.

comportamentos exigíveis nas relações jurídicas em sociedade, ao passo que a equidade é elaboração juscientífica, um modo de decisão extra-sistemático, “prescindido, em regra, de proposição juspositiva”¹⁹⁰. Enquanto a primeira – boa-fé – se funda em critérios objetivos, imperativos de segurança jurídica, a segunda – equidade, enquanto pretensão de “justiça do caso concreto” – parte da noção de “justo” atinente ao julgador na aplicação do caso concreto.

Outra distinção que merece apreço é entre bons costumes e boa-fé, em que pese ambos apresentarem-se como fatores condicionantes do exercício de direitos. Os primeiros correspondem a atitudes exteriores, limitadores da autonomia privada, mas que, em si, não prescrevem o teor do comportamento a ser assumido porque variam conforme critérios de tempo e espaço. São deveres ético-sociais de conduta genericamente aceitos em sociedade; assim, contrapõe-se aos bons costumes aquele que não os observa no exercício de seus direitos subjetivos.

Sublinha Clóvis do Couto e Silva¹⁹¹ que no conceito de bons costumes identifica-se um elemento sociológico, qual seja a convicção popular como característica fundamental, porque compreende os valores morais aceitos como necessários à convivência social, suscetíveis aqueles (os valores morais) de transformação ao longo do tempo.

Ao revés, a boa-fé prescreve comportamentos a serem observados no trato jurídico, compreendendo uma conduta leal e honesta, esperada de um homem normal¹⁹² em determinadas circunstâncias, aferindo-se mediante critérios

¹⁹⁰ OLIVEIRA, U.M., *Princípios informadores do sistema de direito privado*, p. 64. Acrescenta Paulo Luiz Netto Lobo que a equidade não é concebida autonomamente, “mas como critério de heterointegração tanto do princípio da boa-fé quanto do princípio da equivalência material” (FERREIRA, A.H., *O novo Código Civil – discutido por juristas brasileiros*, p. 89), e por meio dela o juiz se aproxima da posição de legislador, delimitado, por certo, à decidibilidade do conflito levado a seu apreço. A equidade visa, assim, humanizar as decisões judiciais, na medida em que faz incidir critérios de dignidade e isonomia nos julgados envolvendo questões de ordem obrigacional. É critério de julgamento do magistrado que não pode estar dissociada dos fatos concretos, tampouco desrespeitar os princípios gerais de Direito, sobretudo o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

¹⁹¹ Id., *A obrigação como processo*, p. 31.

¹⁹² Por meio da expressão “homem normal” (ou “homem reto”), em que pese a notória dificuldade em sua conceituação, intenta-se aludir ao homem com padrões de conduta equivalentes àqueles que se exige do bom cidadão, o qual, segundo SILVA, A.E.S., *Cláusula geral de boa-fé nos contratos de consumo*, p. 155, costuma ser traduzido pela noção de *bonus pater familias*. Ao contrário, acredita SCHREIBER, A., *Novas tendências da responsabilidade civil brasileira*, p. 52, que esta noção – de *bonus pater familias* – vem perdendo legitimidade, dada a sua generalidade, cedendo espaço para a utilização, na prática jurídica, de parâmetros de conduta específicos e diferenciados para as diversas situações. Também GALGANO, F., *Diritto privato*, p. 342, propõe-se a elucidar, ainda que brevemente, a questão da retidão do homem, a que se espera nas suas relações interprivadas. Alude à noção de *correttezza* e à noção de lealdade, enquanto regras de

objetivos consubstanciados em um compromisso de lealdade contratual. Logo, não se confundem bons costumes e boa-fé objetiva: os primeiros “referem-se a valores morais indispensáveis ao convívio social, enquanto que a boa-fé tem atinência com a conduta concreta dos figurantes, na relação jurídica”¹⁹³.

Por força do princípio da boa-fé, das partes contratantes é reclamada uma conduta correta, e tal exigência encerra uma série de deveres ou obrigações independentemente de qualquer convenção. São deveres ou obrigações acessórias de conduta – de proteção, de esclarecimento, de lealdade – advindas do simples fato de ter sido concluído um negócio jurídico, cujo desrespeito encerra o equivalente ao descumprimento da própria prestação principal a que se obriga o sujeito¹⁹⁴.

Destas considerações, nota-se que a boa-fé objetiva encerra três importantes características. É dever geral absoluto de conduta ou norma limitadora de direitos subjetivos, na medida em que impõe limites ao exercício dos direitos subjetivos; desta sorte, aqueles atos que excedem os limites determinados pelo princípio da boa-fé adentram o campo da ilicitude, fazendo nascer na esfera jurídica do agente a obrigação de reparar o dano. É também dever relativo de conduta ou norma criadora de deveres entre as partes contratantes, pois estabelece uma série de deveres acessórios de conduta, independentemente de previsão contratual expressa; e, por fim, é padrão de interpretação dos negócios jurídicos ou cânone hermenêutico-interpretativo, porque seu conteúdo indeterminado confere ampla margem interpretativa ao julgador, ao qual se permite preencher a normativa diante do caso concreto.

costume, onde corresponderia, o homem reto, atuante conforme parâmetros de boa-fé objetiva, aquele de média *correttezza* ou lealdade, considerando o setor econômico ou social em que o contrato se realiza.

¹⁹³ SILVA, C.C., op. cit., loc. cit.

¹⁹⁴ Para tanto, porém, devem ser consideradas “as circunstâncias do caso (os alemães falam em *usos do tráfico jurídico negocial*) e a natureza jurídica do contrato concluído”, consoante lição de LISBOA, R.S., *Manual de direito civil*, p. 104. Importante salientar que não é unânime o entendimento segundo o qual o descumprimento dos deveres acessórios de conduta encerra, ao agente violador, a responsabilidade contratual pelos prejuízos e danos causados. Nos capítulos seguintes serão analisados os deveres acessórios de acordo com a classificação tripartite desenhada por CORDEIRO, A.M.R.M., *Da boa-fé no direito civil*, p. 604, bem como as consequências e os regimes aplicados quando violados os deveres oriundos da boa-fé objetiva.

3.3

O contrato contemporâneo à luz da boa-fé objetiva

O primado da plena liberdade contratual, pela qual não se admitia qualquer alteração nos contratos que não pela vontade das partes, reclinou-se frente às profundas mudanças sociais, políticas e econômicas ocorridas desde o final do século XIX e, como visto, se submeteu à restrição e ao controle delineados pelos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade constitucional.

Ao contrário do que se possa afirmar, não se desconsidera o papel da vontade na relação jurídica contratual, mas se está diante da redução de sua importância frente à massificação contratual e à necessidade de proteção do contratante econômica ou juridicamente mais vulnerável.

Este enfraquecimento do dogma da vontade não importa, igualmente, na assunção, pela autonomia privada, de uma concepção objetiva absoluta. Trata-se, em verdade, na admissão pelo instituto de mais um valor autônomo, que não apenas o de cunho subjetivo, pautado em interesses individuais, mas um valor objetivo, voltado para a primazia da boa-fé e, em consequência, para o equilíbrio contratual e para a justiça social.

Com a intervenção do Estado na economia contratual visa-se um maior controle do conteúdo contratual e, por derradeiro, à harmonização e ao equilíbrio dos interesses nas relações jurídicas, coibindo qualquer abuso de uma parte sobre a outra.

A massificação dos contratos ocupa, em grande parte, o lugar atinente à liberdade de contratar e à livre disposição do conteúdo contratual, não restando à parte mais vulnerável da relação obrigacional algo muito além do que a mera adesão aos termos pré-estabelecidos pela parte econômica e/ou juridicamente mais forte.

Neste fato reside o porquê que “à sociedade interessa que existam bons contratantes, que ajam bem, socialmente, e isso cria um novo espírito contratual que pode ser denominado ‘princípio da sociabilidade’”¹⁹⁵. Neste ínterim, a sociabilidade, para ser concretizada, demanda das partes um comportamento

¹⁹⁵ LORENZETTI, R.L., *Fundamentos do direito privado*, 551.

pautado segundo deveres de lealdade, confiança e cooperação mútuas, de forma a sobrepor quaisquer interesses egoísticos dos contratantes e a salvaguardar os princípios constitucionais da ordem econômica.

A presença da ética no bojo das relações jurídicas obrigacionais é uma exigência da sociedade contemporânea, no intuito de responder aos novos fatos, ou seja, é fruto das “reivindicações da cidadania que se pretende vivenciar no século XXI, no qual o respeito à dignidade humana e aos valores sociais do homem são exigências da ordem constitucional”¹⁹⁶.

A conduta das partes deve, então, ser revestida pelos cânones a que põe termo a boa-fé objetiva.

Seu caráter solidário, proveniente de sua raiz constitucional¹⁹⁷, tem por finalidade disciplinar, no âmbito contratual, a vontade dos sujeitos quando houver disparidade sócio-econômica entre eles, em decorrência da vulnerabilidade de uma das partes da relação jurídica obrigacional. A boa-fé objetiva sujeita o contrato ao controle da sua “justiça” – ao mesmo tempo em que amplia o poder de intervenção do juiz nesta direção¹⁹⁸ – com vistas a manter ou reaver o equilíbrio das prestações determinadas.

Isto porque a justiça contratual, contemporaneamente, se concentra não mais sob o ato volitivo, mas sobre o emprego da boa-fé objetiva e sobre a sua tutela.

Ou seja, quanto maior for a equivalência das forças na relação, maior também será a autonomia para contratar; por outro lado, quanto maior o distanciamento sócio-econômico entre as partes, mais arraigado será o termômetro da legalidade das obrigações assumidas e parâmetro para se dosar a auto-responsabilidade do contratante mais forte. Nesse balanço do mercado entra o julgador para, histórica

¹⁹⁶ DELGADO, M.L.; ALVES, J.F., *Questões controvertidas no novo Código Civil*, p. 169. O contrato, enquanto instrumento de manifestação da autonomia privada, inevitavelmente exhibe a desigualdade formal das partes; a fim de promover a igualdade material e a justiça contratual nas relações interprivadas, os princípios jurídicos e a regra da boa-fé, conforme atenta STIGLITZ, R.S., *La obligación precontractual y contractual de información...*, p. 12, dão causa à “*protección de la parte débil, para evitar que se constituya en un instrumento de presión en favor de quien concentra el poder de negociación*”. Na tradução livre: “proteção da parte débil, para evitar que se constitua em um instrumento de pressão em favor de quem concentra o poder de negociação”.

¹⁹⁷ Consoante leciona FRADERA, V.M.J., *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*, p. 33, coube a Emilio Betti o mérito de mencionar, com vistas ao ingresso no direito brasileiro, o princípio da boa-fé objetiva, como critério valorativo das relações jurídicas interprivadas, voltado para a obrigação de cooperação, para o espírito de lealdade, para o respeito recíproco entre os contratantes, e o interligando ao princípio da solidariedade social.

¹⁹⁸ MAZZAMUTO, S., *Il contratto e le tutele...*, p. 305.

e contextualmente, preencher a cláusula geral da boa-fé, medindo as forças dos contratantes e peculiaridades do negócio¹⁹⁹.

As relações contratuais, por força da boa-fé objetiva, passam a ser conduzidas por um conceito ético, ou melhor, por um padrão ético objetivo de confiança recíproca, em cuja constituição são inclusos valores metajurídicos, relacionados a deveres de solidariedade, de lealdade, de probidade, de confiabilidade e de correção, sem, contudo, afastar a sua finalidade econômica²⁰⁰.

Os valores extrajurídicos traduzidos pela boa-fé positivam-se, assim, no ordenamento jurídico, cobram não apenas a palavra dada, valor este que deve servir de fundamento a qualquer obrigação, mas também um comportamento honrado e o respeito à confiança que rechaçam condutas enganosas e dolosas²⁰¹.

A boa-fé objetiva possui um valor autônomo, não relacionado com a vontade, de modo que “o conteúdo da relação obrigacional já não se mede com base somente nela, e, sim, pelas circunstâncias ou fatos referentes ao contrato, permitindo-se ‘construir’ objetivamente o regramento do negócio jurídico, com a admissão de um dinamismo que escapa, por vezes, até mesmo ao controle das partes”²⁰².

Deste modo, a boa-fé se traduz em um standard jurídico, de acordo com o qual toda pessoa, nas suas relações em sociedade, deve ajustar a própria conduta, agindo conforme agiria um homem reto²⁰³: com honestidade, lealdade, probidade e correção.

O referencial deste arquétipo de conduta é o equilíbrio das prestações da relação contratual. Este é o ideal de justiça proposto pelo Estado Social, ou seja, um ideal de justiça comutativa e distributiva, que não se presta exclusivamente à defesa do contratante hipossuficiente, mas atua como “fundamento para orientar

¹⁹⁹ NALIN, P., *Do contrato: conceito pós-moderno*, p. 138.

²⁰⁰ Assinala MARTINS-COSTA, J., *A boa-fé no direito privado*, p. 415, que a boa-fé objetiva, considerando a concepção da relação obrigacional como uma totalidade concreta, como um processo polarizado por sua finalidade, preenche, em matéria contratual, “o papel de *norma ordinatória da atenção ao fim econômico-social do negócio*”, na medida em que o conteúdo do dever de agir de boa-fé conduz à imposição de um dever, atribuído a ambas as partes, de empregar uma conduta coerente como o escopo econômico do contrato. Caso contrário, em sendo ferido o escopo do contrato, a sua finalidade econômica, estão sendo violados deveres acessórios de diligência e boa-fé, acarretando uma hipótese de inadimplemento contratual pois que compromete a relação de equilíbrio entre a prestação e a contraprestação.

²⁰¹ GAROFALO, L., *Il ruolo della buona fede...*, p. 300.

²⁰² FRADERA, V.M.J., *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*, p. 43.

²⁰³ Conforme notas 192 e 430.

interpretação garantidora da ordem econômica”²⁰⁴, de modo a assegurar a prevalência de interesses que, segundo Stefano Rodotà²⁰⁵, se apresentam mais vantajosos em termos de custo social.

O contrato que imponha prestações iníquas, com vantagens excessivas e injustificadas a apenas uma das partes, se mostra completamente incompatível com este ideal de justiça pretendido pela ordem constitucional em prol da pessoa humana e sua dignidade. Trata-se, de fato, de um contrato injusto, desequilibrado, que não produz eficácia frente à inobservância ao preceito ético da boa-fé objetiva.

A observância do princípio da boa-fé objetiva se faz indispensável em todas as fases ou etapas da contratação. Tal assertiva pretende esclarecer que a boa-fé objetiva é aplicada nas relações pré-contratuais, no curso da relação contratual em si e, mais além, nas relações pós-contratuais, onde subsistem os efeitos jurídicos da relação obrigacional, no intuito de garantir, em todas elas, a dignidade da pessoa humana de cada contratante.

Ademais, trata-se de uma regra de conduta a ser considerada, quando do exercício dos direitos subjetivos, por ambas as partes da relação jurídica contratual, ou seja, tanto devedor, como credor, devem pautar suas condutas consoante um dever geral de boa-fé.

A norma de boa-fé encerra, por conseguinte, deveres recíprocos de honestidade, lealdade, confiança, atribuindo a cada uma das partes a respectiva responsabilidade pela sua conduta. Ao devedor compete satisfazer, com lealdade e probidade, a obrigação que lhe incumbe, de forma a corresponder à justa expectativa do credor; por sua vez, ao credor cabe colaborar com o adimplemento da obrigação do devedor, abstendo-se de posturas capazes de tornar abusivas as prerrogativas contratuais e de prejudicar o normal cumprimento daquela prestação.

Ressalta Edílson Pereira Nobre Júnior²⁰⁶ que:

No estágio de formação do negócio jurídico, o princípio da boa-fé impõe obrigações especiais a serem esperadas das partes. Dentre elas, estão presentes, no dizer de Herbert Schönle, as de: a) informação, a atingir a necessidade de se dar à outra parte conhecimento de todos os fatos que possam influenciar a sua

²⁰⁴ TEPEDINO, G. (coord.), *Problemas de direito civil-constitucional*, p. 318.

²⁰⁵ Ibid., loc. cit.

²⁰⁶ Id., *O princípio da boa-fé e o novo Código Civil*, p. 309.

manifestação de vontade; b) confidencialidade, porquanto a boa-fé obriga à discrição, mesmo se o contrato não chega a concluir-se, impondo-se principalmente àqueles que detêm sigilo em decorrência da profissão; c) comportamento sério e leal, o qual será infringido pela ruptura sem motivo das negociações quando o estágio avançado destas tiver criado uma fundada confiança na outra parte, pela indução de alguém a ultimar um contrato, do qual sabia ou devia saber que aquele seria nulo, ou ainda pela celebração do negócio de forma a provocar lesão.

Assim, a boa-fé objetiva exprime mútuos deveres, onde credor e devedor, fornecedor e consumidor, são compelidos a guiar suas ações – ou omissões – de modo a não violar os demais direitos subjetivos da contraparte ou os interesses recíprocos ou de terceiros, e, desse modo, seu conteúdo material abrange a proteção da confiança legitimamente despertada.

O princípio da boa-fé aponta, assim, uma norma limitadora do exercício de direitos subjetivos como meio de controlá-los, a fim de evitar ou sancionar o abuso do direito²⁰⁷. É o que prescreve o artigo 187 do Código Civil de 2002, ao considerar ato ilícito também aquele que “excede manifestadamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”²⁰⁸.

O contrato é informado pelo princípio da função social, corolário do princípio constitucional da função social da propriedade e da justiça distributiva que deve nortear as relações jurídicas de ordem econômica. E como tal, sujeita-se aos imperativos da normativa de boa-fé objetiva, por meio dos quais o ordenamento jurídico não admite condutas que contrariem o mandamento de agir leal e corretamente, porque apenas deste modo os contratos estarão aptos a atingir a função social a que estão acometidos.

Neste passo, respeitar o mandamento da boa-fé objetiva é “forma de concretização da função social do contrato na medida em que impede condutas que atentem contra a lealdade, a confiança e retidão que devem pautar o

²⁰⁷ O conteúdo do abuso de direito é delineado por basicamente duas teorias distintas, uma de cunho subjetivo, outra de cunho objetivo. Em linhas gerais, para a teoria subjetiva o abuso do direito está relacionado exclusivamente em face da vontade do titular do direito em agir com o propósito de prejudicar o outro; já a teoria objetiva busca o alcance objetivo da conduta lesiva, baseado em um critério de consciência pública e, assim, desconsiderando a intenção do agente. Consoante PEZZELA, M.C.C., *O princípio da boa-fé no direito privado alemão e brasileiro*, p. 215, a maior parte dos autores modernos adota uma concepção intermediária, estabelecendo como fronteira para o exercício do direito o seu fim social e/ou econômico, e, uma vez ultrapassados tais limites, configurado estará o abuso do direito.

²⁰⁸ Conforme nota 178.

comportamento das partes na relação contratual. Assim, exsurge a boa-fé como norma de cunho restritivo, limitando o exercício de direitos subjetivos”²⁰⁹.

O princípio da boa-fé ordena que a conduta das partes seja regada por padrões éticos, inspirados na lealdade, na confiança recíproca e na probidade, manifestando limites ao exercício de um direito subjetivo. Tais limites, caso ultrapassados, corresponderão à prática de um ato ilícito, isto é, de um abuso de direito, na medida em que seu exercício transcende o normal fim econômico ou social a que propõe a relação jurídica obrigacional.

Tomam-se como exemplos os casos de adimplemento substancial do contrato. Em tais hipóteses, o comprador que efetuou o pagamento de todas as prestações, menos a última, de um contrato de longa duração, cumpriu substancialmente o pacto, não podendo ser demandado por resolução contratual. Isto porque, em havendo o cumprimento substancial da obrigação pelo comprador, o atraso no pagamento da última parcela não pode ser causa justificadora da resolução do contrato, circunstância que, caso admitida, caracterizaria grave injustiça, desatendendo o preceito de boa-fé que rege o atual direito das obrigações. No caso em questão, apenas caberia a indenização pela parte que não foi cumprida conforme o pactuado e as perdas e danos, e não um pedido de resolução²¹⁰.

O princípio da boa-fé objetiva coíbe, pois, o abuso, a contrariedade, o aproveitamento da própria torpeza ou ilicitude. Aos deveres jurídicos inerentes às relações obrigacionais, por estarem interligados, se impõe a observância de um equilíbrio material, não sendo permitidos atos que venham a ferir a confiança reciprocamente despertada e que conduzam ao desequilíbrio.

Como consequência, na lição de Humberto Theodoro Júnior²¹¹, “sendo ato ilícito o abuso de direito, quando este se configurar, o princípio da boa-fé

²⁰⁹ PEIXOTO, E.L., *O princípio da boa-fé objetiva no direito civil brasileiro*, p. 156.

²¹⁰ Outro exemplo reside nos casos de resolução por exceção de contrato não cumprido. Nos contratos bilaterais, não pode a parte que devia cumprir uma prestação em primeiro lugar demandar o cumprimento da prestação da contraparte, não tendo cumprido com a sua obrigação. O princípio da boa-fé objetiva impede que seja invocada a *exceptio non adimpleti contractus* em tais hipóteses, pois que a ninguém é lícito exigir o cumprimento de uma prestação sem ter cumprido com a sua.

²¹¹ Id., *O contrato e sua função social*, p. 23. Na doutrina italiana, sob a lição de ROPPO, V., *Il contratto*, p. 495, o princípio da boa-fé, diante de um conflito de interesses, pode vir a afirmar ou excluir uma ou outra pretensão, e imputar a correspondente responsabilidade, se for o caso, coerentemente com o programa contratual predisposto pelas partes. Todavia, segundo o jurista, não poderia o princípio da boa-fé objetiva conduzir à nulidade do contrato, como consequência de

conduzirá à nulidade, total ou parcial, do contrato, sem prejuízo da reparação do dano sofrido pela vítima”.

Demais disso, a violação do dever de boa-fé comporta, em regra, “*l’obbligazione di risarcire il danno che si è cagionato alla controparte*”²¹², posto que não é lícito a nenhum contratante exercitar direitos – legais ou convencionais – contra a outra parte, para realizar fins diversos daqueles preordenados no acordo celebrado.

Os limites impostos pela boa-fé objetiva ao exercício dos direitos subjetivos pelos sujeitos de uma relação obrigacional, impedem que uma parte aja contrariamente aos interesses perseguidos pela contraparte, salvaguardando a utilidade do contrato e a sua finalidade econômica. A boa-fé objetiva, assim, reconduz a “*obblighi comportamentali, sia positivi che negative che, seppur non espressamente previsti dalle clausole contrattuali, appaiono necessari al fine di consentire la realizzazione dell’intero programma economico negoziale, inteso in senso oggettivo*”²¹³.

Logo, o princípio da boa-fé vincula quaisquer dos contratantes a salvaguardar, a proteger o interesse econômico do contrato, bem como as legítimas expectativas despertadas no outro contratante, por meio de um comportamento atento aos limites em que o exercício do direito subjetivo, ainda que formalmente lícito, seja substancialmente desleal e danoso para a contraparte.

A boa-fé objetiva está também prevista, no Código Civil de 2002, como norma de interpretação dos negócios jurídicos. É o que dispõe o artigo 113²¹⁴, determinando que “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

Quando, em uma relação jurídica contratual, se vislumbra uma lacuna no regulamento ditado pelas partes e não existam normas supletivas, a disciplina que

uma desaprovação pública, em que pese a legislação e a jurisprudência italiana recentes estarem, crescentemente, abarcando esta possibilidade.

²¹² GALGANO, F., *Diritto privato*, p. 345. Na tradução livre: “a obrigação de ressarcir o dano que se ocasionou à contraparte”.

²¹³ Apontamento de PISCITELLI, R.G., *Esecuzione del contratto secondo buona fede...*, p. 347. Na tradução livre: “obrigações comportamentais, sejam positivas ou negativas que, ainda que não expressamente previstas nas cláusulas contratuais, aparecem necessárias para consentir a realização do inteiro programa econômico-negocial, entendido em senso objetivo”.

²¹⁴ Conforme nota 179.

lhe irá reger os seus termos deve ser deduzida “*in ragione dello scopo obbiettivo del contratto*”²¹⁵ e, portanto, pela via interpretativa.

A normativa é, assim, dirigida ao intérprete, o qual não pode furtar-se à vinculação da boa-fé à conduta imposta pela lei. Deste modo, “a imposição da conduta ética exige que as partes desenvolvam os limites da sua vontade com base na boa-fé. Esta exige, conseqüentemente, que se busque o prevalecimento da vontade real sobre a vontade declarada, a fim de que se descubra o intento dos agentes participantes do negócio jurídico”²¹⁶.

A função interpretativo-integrativa da boa-fé tem por finalidade identificar uma solução objetivamente harmônica, sob um aspecto lógico, daquilo que foi determinado pelas partes e de acordo com o escopo objetivo do contrato²¹⁷. A boa-fé objetiva orienta o julgador a buscar na relação jurídica negocial uma conduta honesta das partes, segundo um critério de correção e lealdade, de modo a tutelar as expectativas legitimamente fundadas no contrato celebrado. Francesco Galgano²¹⁸ atenta para o fato de que, ao analisar se a conduta está conforme ou em desacordo com a boa-fé, “*il giudice non si avvale di un proprio concetto di correttezza o di lealtà; deve tenere conto delle regole del costume, che possono*

²¹⁵ SCALISI, A., *La comune intenzione dei contraenti...*, p. 195. Na tradução livre: “em razão do escopo objetivo do contrato”.

²¹⁶ DELGADO, M.L.; ALVES, J.F., *Questões controvertidas no novo Código Civil*, p. 180.

²¹⁷ SCALISI, A., op. cit., p. 196. A expressão “função interpretativo-integrativa” da boa-fé comporta duas atividades qualitativamente diversas. Enquanto que “interpretar” importa em identificar o sistema de interesse e o respectivo programa de comportamento nos termos da finalidade prática desejada, “integrar” compreende um procedimento voltado para enriquecer o programa contratual estabelecido pelas partes, que concorre com a atividade negocial desenvolvida pelos contratantes. Assim, segundo o jurista, a interpretação não “cria” o regulamento, mas o encontra; já a integração não “encontra” o regulamento, mas o produz. Acrescentam D’ANGELO, A.; MONATERI, P.G.; SOMMA, A., *Buona fede e giustizia contrattuale*, p. 13, que as regras advindas de fontes de integração são criadas e não “encontradas”, sendo consideradas “heterônomas” porque a operação integrativa se orienta por meio de valores externos ao regulamento convencionado.

²¹⁸ Id., *Commentario del Codice Civile...*, p. 96. Na tradução livre: “o juiz não se vale de um conceito próprio de *correttezza* ou de lealdade; deve levar em consideração as regras do costume, que podem ser muito mais elásticas ou não prejudiciais que o seu conceito de *correttezza* pessoal”. No caso concreto, a regra de boa-fé é cristalizada pelo próprio julgador, que analisa as condutas que lhe são trazidas ao apreço segundo critérios de lealdade, honestidade, probidade e cooperação. Todavia, não cabe ao juiz aplicar o seu próprio conceito acerca de tais critérios, mas os considerar nos termos aceitos pela sociedade onde as condutas são inseridas. Esta preocupação também reside nos apontamentos de BESSONE, M., *Casi e questioni di diritto privato...*, p. 293, quando assinala o risco de se atribuir ao juiz uma discricionariedade excessiva na integração do regulamento contratual, o que implicaria em um grave prejuízo para a certeza do direito e para a objetividade do juízo decisório. Deste modo, ao julgador cabe orientar a sua decisão pelo parâmetro de “justiça” havido na sociedade em que opera, atentando para a estreita fronteira entre discricionariedade e arbitrariedade.

essere molto più elastiche e spregiudicate del suo personale concetto di correttezza”.

A segurança jurídica é, neste ínterim, objeto de preocupação quando se trata da função interpretativo-integrativa do princípio da boa-fé. Entretanto, este risco de insegurança é aparente, uma vez que a apreciação do juiz “*non muove dalla presupposizione di astratte regole di correttezza, ma investe la concreta considerazione dei singoli conflitti di interessi*”²¹⁹.

Deste modo, o julgador, ao defrontar-se com cláusulas contratuais ambíguas ou que manifestem um desequilíbrio injustificado entre as prestações, deve buscar a solução que mais se aproximar da boa-fé, ou seja, do razoável e do justo, em sentido objetivo, obstando qualquer exercício de direito que se apresente abusivo. Destarte, não significa que o intérprete desconsidera o interesse das partes contratantes ao traçar uma órbita mais ampla do conteúdo contratual por meio da boa-fé objetiva, mas lhe permite qualificar comportamentos não previstos no contrato, todavia essenciais à salvaguarda da *fattispecie*, fazendo incidir na formação do conjunto das cláusulas contratuais “as *circunstâncias concretas do desenvolvimento e da execução contratual* visualizadas como um todo”²²⁰.

Realidade que não pode ser ignorada é a ocasionada pelos contratos de adesão. O contrato como tal, ou seja, de adesão, em si não é considerado abusivo. A estandarização (ou padronização) é necessária para dinamizar as relações econômicas da contemporaneidade, onde a negociação individualizada cada vez mais encontra dificuldade em se efetivar. O abuso não está localizado no fato do aderente apenas subscrever um contrato pré-redigido, mas em determinadas cláusulas que reportem a um desequilíbrio significativo entre direitos e obrigações das partes contratantes²²¹. Nestes casos, as dúvidas são dirimidas de forma mais

²¹⁹ D'ANGELO, A.; MONATERI, P.G.; SOMMA, A., *Buona fede e giustizia contrattuale*, p. 21. Na tradução livre: “não se move de pressuposições de regras de correção abstratas, mas investe a concreta consideração dos singulares conflitos de interesse”.

²²⁰ MARTINS-COSTA, J., *A boa-fé no direito privado*, p. 430. Considera-se, ainda, que as operações integrativas provenientes do princípio da boa-fé estão legitimadas desde que não apresentem riscos outros que venham a confrontar-se com o equilíbrio e o escopo do contrato (D'ANGELO, A.; MONATERI, P.G.; SOMMA, A., *op.cit.*, p. 25).

²²¹ Segundo MARQUES, C.L., *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, p. 148, a abusividade da cláusula contratual corresponde ao “desequilíbrio ou descompasso de direitos e obrigações entre as partes, desequilíbrio de direitos e obrigações típicos àquele contrato específico; é a unilateralidade excessiva, é a previsão que impede a realização total do objetivo contratual, que frustra os interesses básicos das partes presentes naquele tipo de relação, é, igualmente, a autorização de atuação futura contrária à boa-fé, arbitrária ou lesionária aos interesses do outro contratante, é a autorização de abuso no exercício da posição contratual preponderante”.

favorável ao aderente, conforme determina a boa-fé objetiva diante de cláusulas incertas²²², a partir de uma leitura do todo do contrato (e não apenas de uma leitura isolada da cláusula).

O Código de Defesa do Consumidor²²³ Brasileiro prescreve que, no âmbito das relações de consumo, influenciadas pelo princípio da boa-fé objetiva, as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

A boa-fé objetiva possui uma terceira função. É norma criadora de deveres jurídicos, enquanto cláusula geral das relações jurídicas contratuais.

Em cada relação contratual, alocam-se deveres jurídicos para além da prestação principal, a que incumbem tanto ao devedor quanto ao credor. São deveres de cooperação e proteção dos recíprocos interesses, visando a satisfação dos fins do contrato, desejados por ambos os consortes, “dada a relação de confiança que o contrato fundamenta, comportamentos variáveis com as circunstâncias concretas da situação”²²⁴.

O Código Civil Brasileiro de 2002 traz, em seu artigo 422, o princípio da boa-fé objetiva como cláusula geral²²⁵ das relações jurídicas contratuais, na medida em que estabelece que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

²²² Código Civil de 2002, artigo 423, *in verbis*: “Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente”.

²²³ Código de Defesa do Consumidor, artigo 47, *in verbis*: “As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor”. Ademais, prescreve a lei consumerista que, são consideradas abusivas as cláusulas que: impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza do produto ou serviços; que impliquem na renúncia ou disposição de direitos; que estabeleçam obrigações iníquas, abusivas, que coloquem em desvantagem o consumidor; que sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade; que autorizem o cancelamento unilateral do contrato pelo fornecedor; etc. (artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor).

²²⁴ MARTINS-COSTA, J., *A boa-fé no direito privado*, p. 440. Complementa a jurista que os deveres laterais ou acessórios de conduta, ao serem impostos pela boa-fé objetiva, têm em vista o fim do contrato em face da relação de objetiva confiança que o contrato fundamenta, variando consoante as circunstâncias concretas da situação.

²²⁵ Ao lado de regras formuladas casuisticamente, o Código Civil de 2002 contém preceitos originados a partir de cláusulas gerais, técnica legislativa esta que permite a abertura do sistema jurídico a valores extrajurídicos. Ao contrário do Código Civil antecessor, de 1916, o novo diploma civilístico encerra valores de cunho ético, que, por meio de uma sistemática que consagra cláusulas gerais, remete o julgador para “valorações objetivamente válidas na ambiência social” (MARTINS-COSTA, J., *op. cit.*, p. 299), permitindo a construção jurisprudencial a fim de responder aos novos problemas da realidade. Importante esclarecer que as cláusulas gerais não contêm um apelo à discricionariedade do intérprete; ao revés, lhe ampliam a margem interpretativa, não lhes resumindo à mera subsunção dos fatos à norma, porém circunscrito a valorações de ordem objetiva socialmente aceitas. Conforme nota 73.

É norma cogente, que impõe às partes das tratativas à execução do contrato, condutas íntegras, leais, honestas, que inspirem confiança e veracidade, gerando, na esfera jurídica daqueles que a descumprirem, responsabilidade pelos danos que culposamente forem causados à outra parte²²⁶.

E, malgrado a norma em comento limitar-se a prever a observância ao princípio da boa-fé na formação e na execução do contrato, nela inclui-se o dever de as partes pautarem-se conforme a boa-fé objetiva também em momento posterior, ou seja, após a conclusão da relação jurídica, em virtude do prosseguimento das circunstâncias que presidiram a celebração do acordo para depois da sua extinção. Por exemplo, pode-se imaginar uma compra e venda por meio do comércio eletrônico, onde o pagamento é efetuado mediante cartão de crédito, cujos dados são transmitidos pelo comprador ao vendedor. Mesmo após o encerramento do contrato, haja vista a autorização da compra pela instituição financeira, o vendedor deverá manter sigilo sobre todas as informações fornecidas pelo comprador.

Tal exemplo permite aferir que a regra do artigo 422 estabelece deveres e obrigações a encargo das partes, independentemente de previsão contratual expressa, em todas as fases da contratação. Por força do princípio da boa-fé, às partes são impostas obrigações acessórias de conduta, de proteção, de informação, de lealdade, de confiança, a serem consideradas no momento das tratativas negociais, da execução do contrato, sem olvidar na sua importância na fase posterior à conclusão do pacto.

A norma é marcada pelo dinamismo e não define padrões éticos pré-determinados ou fixos, encontrando-se, consoante constata Judith Martins-Costa²²⁷, “revestida de variadas formas, de variadas concreções, ‘denotando e conotando, em sua formulação, uma pluridiversidade de elementos entre si interligados numa unidade de sentido lógico’”. E acrescenta que “não é possível, efetivamente, tabular ou arrolar, *a priori*, o significado da valoração a ser procedida mediante a boa-fé objetiva, não podendo o seu conteúdo ser

²²⁶ A boa-fé na execução do contrato, segundo GALGANO, F., *Commentario del Codice Civile...*, p. 98, implica no dever de qualquer das partes de realizar o interesse contratual da outra parte ou de lhe evitar um dano, também com o cumprimento de obrigações não previstas pela lei ou pelo contrato, como a obrigação de prestações acessórias à prestação principal, v.g. a obrigação de informar sobre circunstâncias supervenientes a que a contraparte não está em condições de ter conhecimento.

²²⁷ FERREIRA, A.H., *O novo Código Civil – discutido por juristas brasileiros*, p. 263.

rigidamente fixado, eis que dependente sempre das concretas circunstâncias do caso”²²⁸.

Atua a boa-fé objetiva como cláusula geral do direito contratual, espécime de “porta de abertura” para os direitos fundamentais preconizados pela Constituição dada a generalidade e indeterminação dos seus preceitos.

O conteúdo da boa-fé objetiva, enquanto cláusula geral, há de ser completado e definido caso a caso pelo intérprete da norma, remetendo-lhe a padrões variáveis de conduta no tempo e no espaço. Ao juiz não compete analisar os propósitos subjetivos, tampouco penetrar no universo psíquico dos contratantes, mas, objetivamente, pesquisar a observância de regras de conduta não escritas, derivadas da boa-fé objetiva, “que se mostram necessárias diante de ‘padrões sociais estabelecidos e reconhecidos’ como *corretos* no meio e no tempo em que o contrato se aperfeiçoou e se cumpriu”²²⁹.

Exerce a cláusula geral de boa-fé objetiva uma função integrativa da relação jurídica contratual, porque se presta a completar a disciplina obrigacional formulada pela vontade das partes, com base em fundamentos ético-sociais, voltados a preservar a lealdade recíproca no cumprimento das obrigações e a satisfazer as legítimas expectativas geradas em ambos os contratantes.

A boa-fé objetiva serve, pois, “*para fijar obligaciones contractuales sobre las que no había acuerdo expreso de las partes, el criterio del bonum et aequum cumplió la función de integrar el contenido del contrato en el caso concreto: hay obligaciones non previstas por las partes pero que son exigibles al venir determinadas directamente por el criterio de lo que es bueno y equitativo*”²³⁰.

Também o Código de Defesa do Consumidor Brasileiro²³¹ fixou a boa-fé objetiva como cláusula geral das relações de consumo, permitindo ao aplicador do Direito, ao proibir cláusulas iníquas e abusivas, compatibilizar as cláusulas

²²⁸ FERREIRA, A.H., *O novo Código Civil – discutido por juristas brasileiros*, p. 263.

²²⁹ THEODORO JÚNIOR, H., *O contrato e sua função social*, p. 20.

²³⁰ GAROFALO, L., *Il ruolo della buona fede oggettiva...*, p. 309. Na tradução livre: “para fixar obrigações contratuais sobre as quais não haja acordo expreso das partes, o critério do *bonum et aequum* cumprirá a função de integrar o conteúdo do contrato no caso concreto; há obrigações não previstas pelas partes, mas que são exigíveis ao vir determinadas diretamente pelo critério do que é bom e equitativo”.

²³¹ Código de Defesa do Consumidor, artigo 51, inciso VI, *in verbis*: “São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...) VI- estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou seja, incompatíveis com a boa-fé e a equidade”.

contratuais, a fim de equacionar (materialmente) a igualdade entre as partes contratantes.

As cláusulas contratuais que reduzam unilateralmente as obrigações do predisponente e que, conseqüentemente, agravam a situação do aderente, são reputadas abusivas pela legislação; deste modo, são consideradas nulas de pleno direito, pois criam uma grave situação de desequilíbrio entre as partes, em ofensa ao princípio da justiça social objetivado pela ordem constitucional de 1988.

A aplicação da cláusula geral de boa-fé passa, desse modo, a exigir do magistrado, na interpretação das normas jurídicas, a substituição de uma postura formalista, restrita à mera subsunção do fato à norma, por um raciocínio teleológico ou finalístico, “com ênfase à finalidade que os postulados normativos procuram exigir”²³².

A cláusula geral de boa-fé é corolário do princípio previsto no artigo 4º, inciso III, da lei consumerista²³³. A norma tem por objetivo a harmonização dos interesses individuais dos integrantes das relações de consumo e, conjuntamente, visa compatibilizar a proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, viabilizando os princípios da ordem econômica²³⁴, sempre com base na boa-fé objetiva e no equilíbrio das relações entre consumidores e fornecedores.

A proteção das partes mais vulneráveis das relações obrigacionais – devido, principalmente, em face da massificação contratual e da igualdade meramente formal havida nas relações jurídicas do atual mercado – induziu o Estado a intervir na relação interprivada, exigindo das partes contratantes, em todo o *iter* negocial, comportamentos conforme a boa-fé objetiva e a função social do contrato. Ao intérprete, permitiu-se corrigir, caso a caso, os desequilíbrios e as injustiças contratuais despontados pela desigualdade material entre as partes contratantes, em prol da justiça contratual e do respeito à pessoa humana.

A boa-fé objetiva flexibilizou, por assim dizer, o dogma da autonomia privada, enfim, da liberdade contratual. Os novos contornos da relação obrigacional estão relacionados à cooperação mútua, que sempre deve nortear as partes em suas recíprocas relações. Todavia, este caráter ético assumido pelas

²³² SILVA, A.E.S., *Cláusula geral de boa-fé nos contratos de consumo*, p. 156.

²³³ *Ibid.*, loc. cit. Conforme 173.

²³⁴ Conforme nota 63.

relações jurídicas intersubjetivas na contemporaneidade não prejudica a livre iniciativa dos sujeitos, apenas lhes limita o exercício dos direitos subjetivos por meio da boa-fé objetiva.

Assim sendo, a resolução dos conflitos com base no princípio da boa-fé, com vistas à fidelidade contratual, é conduzida pelo intérprete segundo critérios coerentes e compatíveis com o conteúdo negocial estabelecido pelos contratantes, porém voltados para o respeito à lealdade, à confiança e à justiça contratual. Deste modo, a boa-fé objetiva permite uma *“prospettiva di controllo di validità dei patti privato che attiene al sindacato sul loro contenuto alla stregua di valutazioni circa il corretto esercizio, ovvero l’abuso, da parte di un contraente in pregiudizio dell’altro, delle condizioni di fatto in presenza delle quali l’accordo si è formato”*²³⁵.

Não serve mais o contrato como mero instrumento econômico, mas como instrumento de convivência social que deve privilegiar a solidariedade entre as contrapartes. O contrato, instrumento jurídico das operações econômicas, também revela este novo caráter, buscando harmonizar e equilibrar os interesses individuais, impedindo que “condutas que atentem contra a lealdade, a confiança e retidão que devem pautar o comportamento das partes na relação contratual”²³⁶.

O princípio da boa-fé objetiva comporta, assim, *“una rilettura del dovere privato <di solidarietà politica, economica e sociale> (...) alla luce del dovere pubblico di <rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l’uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana”*²³⁷.

Independentemente dos motivos determinantes da vontade contratual, a boa-fé impõe às partes que conduzam a relação contratual “com abertura, correção e lealdade bastantes, de modo a que, cada qual, contribua para a

²³⁵ D’ANGELO, A.; MONATERI, P.G.; SOMMA, A., *Buona fede e giustizia contrattuale*, p. 2. Na tradução livre: “perspectiva de controle de validade dos pactos privados que atendem à sindicância, na mesma medida do conteúdo da boa-fé, de valoração acerca do correto exercício, ou do abuso da parte contratante em prejuízo do outro, das condições de fato na presença dos quais o acordo é formado”.

²³⁶ PEIXOTO, E.L., *O princípio da boa-fé no direito civil brasileiro*, p. 156.

²³⁷ D’ANGELO, A.; MONATERI, P.G.; SOMMA, A., op. cit., p.93. Na tradução livre: “uma releitura do dever privado <de solidariedade política, econômica e social> (...) à luz do dever público de <remover os obstáculos de ordem econômica e social que, limitando de fato a liberdade e a igualdade dos cidadãos, impedem o pleno desenvolvimento da pessoa humana”.

concretização dos interesses a que a parte contrária visa e espera obter com a celebração do contrato”²³⁸.

A boa-fé objetiva encerra, em quaisquer de seus preceitos, um princípio fundamental do ordenamento jurídico, possuindo valor autônomo, não relacionado com a vontade. A obrigação de boa-fé “*consente al contratto di funzionare e così comporta il conseguimento del risultato economico e la realizzazione dell’interesse della controparte, il che dimostra l’intrinsecità dell’obbligo di buona fede al regolamento contrattuale*”²³⁹. Passa, portanto, a boa-fé objetiva a integrar o contrato como um dos seus elementos indispensáveis²⁴⁰, e, ao lado dos sujeitos, da vontade, do objeto, apresenta-se como medidora da validade do negócio jurídico.

A concepção tradicional – clássica – partindo de uma visão meramente quantitativa do contrato, perde sua suposta intangibilidade por força do princípio da boa-fé objetiva; a superação do dogma da vontade em favor de uma mais segura, rápida, equilibrada e ampla circulação de riqueza, em um mercado cada vez mais exigente de eficiência, permite reconsiderar o contrato qualitativamente.

A boa-fé objetiva faz incidir, portanto, sobre a disciplina contratual, valores constitucionais de solidariedade e de utilidade social, a fim de conduzir de forma qualitativa as relações jurídicas obrigacionais em face dos novos problemas da realidade social, ratificando a indispensável observância do princípio da dignidade da pessoa humana em meio à sociedade globalizada do século XXI.

²³⁸ MARTINS-COSTA, J., *A boa-fé no direito privado*, p. 434.

²³⁹ UDA, G.M., *La buona fede nell’esecuzione del contratto*, p. 396. Na tradução livre: “consente ao contrato funcionar e assim comporta a obtenção do resultado econômico e a realização do interesse da contraparte, o que demonstra a inerência da obrigação de boa-fé no regolamento contrattuale”.

²⁴⁰ Prescreve NALIN, P., *Do contrato: conceito pós-moderno*, p. 140, que “inclui-se a boa-fé dentre os elementos que formam o *corpus* do negócio”. Coaduna deste entendimento Cesare Massimo Bianca, ao afirmar que não se pode aceitar a tese segundo a qual “*la buona fede non integrerebbe il rapporto ma varrebbe solo a correggere il rigoroso giudizio formale del comportamento alla legge*” (ALPA, G; ZATTI, P., *Lecture di diritto civile*, p. 509. Na tradução livre: “a boa-fé não integraria a relação jurídica mas valeria somente para corrigir o rigoroso juízo formal do comportamento legal”).

4.

Os deveres acessórios de conduta e a revalorização da confiança

4.1 Teoria da Violação Positiva do Contrato²⁴¹: o despertar dos “deveres acessórios de conduta” para a pós-modernidade

No início do século XX, a partir da concepção de boa-fé trazida pelo Código Civil Alemão (BGB), de 1900, a doutrina germânica voltou sua atenção para um precedente jurisprudencial em especial.

O Tribunal do Império Alemão (RG) deparou-se com um caso em concreto então denominado “caso do linóleo”, este um tecido impermeável confeccionado de juta e untado com óleo de linhaça e cortiça em pó. Em 07 de dezembro de 1911, o Tribunal Germânico concluiu pela responsabilidade do armazém de linóleo pelos danos físicos causados na pessoa interessada na aquisição do tecido e na de seu filho, advindos da queda de rolos do produto sobre a cabeça daqueles enquanto realizavam a visita no estabelecimento empresarial. Apesar de a compra não ter sido efetivada, a Corte entendeu pela subsistência da responsabilidade por força da conduta realizada no sentido de uma futura

²⁴¹ A teoria da violação positiva do contrato desenvolvida em solo romano-germânico é associada ao conceito de *anticipated breach of contract*, do *Common Law*. A doutrina da *anticipated breach of contract* é obra dos Tribunais norte-americanos e britânicos do século XIX, que reconheciam a possibilidade de um contrato ser violado antes do advento do seu termo. Em se tratando de obrigações diferidas no tempo, o lapso entre o nascedouro da relação obrigacional e o momento da sua satisfação, ao invés de ser encarado como um espaço vazio, onde não se pode exigir do devedor o adimplemento da obrigação, é considerado um período de tempo contínuo, integrante da relação obrigacional em si, onde o devedor permanece obrigado ao adimplemento – no vencimento, cabendo-lhe atos e comportamentos coerentes com o escopo prático final da relação jurídica. Em vista disso, como bem observa BECKER, A., *Inadimplemento antecipado do contrato*, p. 77, “uma atitude do devedor no sentido de não querer adimplir é claramente contrária ao modo como deve exprimir-se constantemente a sua vontade, bem como ao dever geral de correção que deve marcar toda a relação obrigacional”.

contratação. Restou caracterizada, no caso em questão, a falta do dever de segurança e proteção da vida e da integridade física dos clientes do armazém²⁴².

A partir deste caso, os tribunais alemães deram início, diante de fatos concretos, à declaração da nulidade de contratos em que o poder econômico de uma das partes era utilizado de forma abusiva, por serem prontamente contrários aos bons costumes²⁴³, muito embora não houvesse previsão legal específica para este tipo de nulidade.

O Código Civil Alemão (BGB) regulava tão somente a obrigação de o devedor indenizar o credor cuja prestação impossibilitasse ou indenizar os danos decorrentes da sua mora. Todavia, “a crença em que tais disposições esgotariam todas as formas possíveis de infração dos deveres derivados do vínculo obrigacional logo mostrou-se inexata”²⁴⁴, o que levou Hermann Staub a considerar a possibilidade de condutas positivas virem a dar causa à violação de uma relação jurídica obrigacional.

Partindo dos §§ 280 e 286 do BGB, os quais, respectivamente, prescrevem a obrigação do devedor de indenizar o credor por impossibilitar a prestação e de indenizá-lo pelos danos advindos da sua mora, Hermann Staub constatou que, embora o Código Civil Alemão determinasse que o devedor responde pela não realização da prestação, deixou de considerar os casos em que o devedor viola a obrigação por meio de uma conduta positiva, isto é, fazendo o que deveria omitir ou efetuando a conduta devida, porém em termos imperfeitos²⁴⁵.

Adolfo di Majo²⁴⁶, acerca da doutrina da violação positiva do contrato, esclarece que a teoria de Hermann Staub move-se pela exigência de suprir uma

²⁴² O “caso do linóleo” é mencionado por MARTINS-COSTA, J., *A boa-fé no direito privado*, p. 414, e por LISBOA, R.S., *Manual de direito civil*, p. 106.

²⁴³ As Cortes germânicas, apesar do silêncio do BGB, ao se depararem com uma relação obrigacional desequilibrada em virtude da sobreposição do interesse de uma das partes pelo poderio econômico da outra, decidiam pela nulidade de “todo o contrato em que o outro contratante era “escravizado” por ser negócio jurídico *contra bonos mores*” (FRADERA, V.M.J., *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*, p. 39). Bons costumes podem ser caracterizados como sendo regras circunscritas e acolhidas por uma sociedade, mas que “não apelam aos valores fundamentais do ordenamento, concretizados por princípios mediante a tutela da confiança e da primazia da materialidade subjacente”(CORDEIRO, A.M.R.M., *Tratado de Direito Civil Português*, p. 708), como ocorre com a boa-fé. Os bons costumes são regras ligadas à “moral social”, que, embora não explicitadas pela lei, são reconhecidas em um dado momento e espaço social.

²⁴⁴ BECKER, A., *Inadimplemento antecipado do contrato*, p. 75.

²⁴⁵ CORDEIRO, A.M.R.M., *Da boa-fé no direito civil*, p. 595.

²⁴⁶ Id., *Obbligazioni in generale*, p. 118. Na tradução livre: “já que parecia reconhecer duas formas somente de inadimplemento, fontes de responsabilidade: a impossibilidade da prestação e a mora; isto é, duas formas típicas de c.d. violações negativas. O que deixaria de fora toda uma série de

suposta lacuna existente na codificação alemã, “*giacchè questa sembrava riconoscere due sole forme d’inadempimento, fonti di responsabilità: l’impossibilità della prestazione e la mora; e cioè due tipiche forme di c.d. violazioni negative. Il che lascerebbe fuori campo tutta una serie di ipotesi (e sono la maggioranza) in cui l’inadempimento, o meglio, l’inesatto adempimento, si realizza attraverso comportamenti positivi*”.

A quebra positiva do contrato importa na violação de uma obrigação, ou melhor, no não cumprimento de um dever legal ou contratual, que não tenha como fundamento a impossibilidade da prestação ou a mora, e que se dê por meio de uma atuação positiva.

O silêncio do BGB acerca de uma eventual aplicação analógica do regime da mora²⁴⁷ e a necessidade de ressarcir casos práticos em que existe a violação de um vínculo, conduziu o jurista alemão a desenvolver a idéia de violação positiva do contrato (*Die positive Vertragsverletzungen*), ao entender que uma conduta comissiva do devedor pode vir a ofender um direito contratual do credor. Isto porque “o vínculo obrigacional não se esgota na execução pura da prestação: antes impende sobre o devedor toda uma série de deveres acessórios destinados a proporcionar ao credor o bem que o direito lhe confere”²⁴⁸.

Para o jurista alemão, há a quebra positiva do contrato quando o inadimplemento provém do dever de omitir certa ação, ocasião em que o devedor

hipóteses (e são a maioria) em que o inadimplemento, ou melhor o inexato adimplemento, se realiza através de *comportamentos positivos*”.

²⁴⁷ Hermann Staub defendia a idéia de que a violação do contrato por condutas positivas do devedor não poderia se resumir à indenização por danos, pois que não repararia satisfatoriamente as necessidades dali advindas. Sustentava que a solução estaria em aplicar analogicamente o regime da mora, reconhecendo à parte leal do contrato três possibilidades, quais sejam “manter o contrato e exigir uma indemnização por cada violação singular, exigir uma indemnização geral pelo incumprimento do contrato ou rescindi-lo” (CORDEIRO, A.M.R.M., *Da boa-fé no direito civil*, p. 596).

²⁴⁸ CORDEIRO, A.M.R.M., *Estudos de direito civil*, p.124. Neste sentido, vide FRADERA, V.M.J., *A quebra positiva do contrato*, p. 146. Em 1º de janeiro de 2002, entrou em vigor a reforma do direito das obrigações do Código Civil Alemão (BGB), com a lei de 26 de novembro de 2001, sobre a “modernização do direito das obrigações” (SMG). Consoante assinala MEMMO, D., *Il nuovo modello tedesco della responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, p. 800, a reforma inclui a responsabilidade das partes, no âmbito do direito obrigacional, quanto ao inadimplemento decorrente de violações positivas do contrato, sempre construindo o conteúdo da relação obrigacional a partir de fatos concretos, porque “*solo un’analisi delle prestazioni dovute consente infatti all’interprete di verificare se in concreto tali doveri di prestazione siano o non siano stati violati*” (Ibid., p. 801). Na tradução livre: “somente uma análise das prestações devidas consente, de fato, ao intérprete verificar se em concreto tais deveres de prestação eram ou não eram devidos”.

age quando não deveria agir e, por meio desta prática injusta, cria obstáculos ao normal cumprimento da obrigação.

A prática apresenta numerosos casos em que o devedor viola a relação obrigacional através de uma atuação positiva, ou seja, faz aquilo que se deve abster, realiza conduta devida, mas de maneira imperfeita, ou viola o contrato por meio de declarações ou atos, que, evidenciando o propósito de não vir a adimplir no termo importam na sua quebra antecipada. Por isso, Staub, ao reconhecer tais hipóteses, denominou-as ‘infrações contratuais positivas’, em contraposição aos casos de impossibilidade ou de mora, nos quais o devedor não faz o que deve²⁴⁹.

Em que pesem as críticas²⁵⁰, o mérito da “descoberta” da teoria da violação positiva do contrato reside em que, ao lado dos casos de cumprimento defeituoso da prestação principal e do descumprimento ou impossibilidade da prestação, localiza-se o descumprimento da relação obrigacional pela violação de deveres acessórios²⁵¹, cujo fundamento reside no próprio princípio da boa-fé objetiva.

A relação obrigacional sofreu uma grande transformação em razão deste reconhecimento, na medida em que foi admitida a existência de deveres acessórios ou implícitos, instrumentais e independentes, anexos à obrigação principal e cuja finalidade é fazer com que a relação obrigacional atinja o seu resultado. Vera Maria Jacob de Fradera²⁵² salienta que Williston, na sua obra *Law*

²⁴⁹ BECKER, A., *Inadimplemento antecipado do contrato*, p. 75.

²⁵⁰ Sobre a teoria da violação positiva do contrato de Hermann Staub, grande parte das críticas gira em torno do próprio conceito de “violações contratuais positivas”, pois este seria definível apenas por exclusão, “abrangendo todas as violações culposas de uma vinculação que não pudessem integrar nem a impossibilidade, nem a mora do devedor” (CORDEIRO, A.M.R.M., *Da boa-fé no direito civil*, p. 597). Outra crítica situou-se na negação da existência de uma lacuna, porque as hipóteses estariam subscritas em diversos dispositivos legais do BGB, como v.g. a hipótese de violação de um dever de não fazer ou reconduzida à impossibilidade, o que afetaria a base da construção teórica de Staub. Nesta linha, Heinrich Stoll defende que, independentemente dos deveres de cumprimento e de prestação, os interesses de prestação e de proteção havidos na obrigação em si considerada, caso violados, abarcam hipóteses de mora ou impossibilidade de cumprimento, já consagradas pelo Código Civil Germânico, razão pela qual negava a autonomia da violação positiva do contrato como uma terceira categoria de prevaricações obrigacionais, ao lado da mora e da impossibilidade do dever de prestar. Outros autores defendem a existência de um direito consuetudinário ou o recurso à analogia para suprir a lacuna. Há, ainda, uma outra orientação, que insere o problema na violação pura e simples da boa-fé, que, aliás, acaba “por ser sempre apontada, quando se busca apoio jurídico-positivo” (CORDEIRO, A.M.R.M., *Estudos de direito civil*, p. 133) ou propugna-se a existência de um dever, de base legal, de proteção.

²⁵¹ Aponta MIRANDA, P., *Tratado de direito privado*, tomo II, p. 245, que “a violação positiva do contrato tanto é violação quanto a negativa; toda violação positiva de obrigação é espécie, como a negativa, do gênero violação de obrigação”. Daí porque afirma serem as consequências, em ambos os casos, as mesmas, tais como a mora, a indenização, a resolução.

²⁵² Id., *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*, p. 38. Na tradução livre: “não apenas a fazer o que ele expressamente prometeu, mas também fazer várias coisas que ele deveria entender estar, a si próprio, obrigado pela boa-fé”.

of Contracts, de 1938, já entendia que “o devedor está vinculado *not only to do what he has promised in express words but also to many things to which he must be understood to have bound himself in good faith*”.

A existência e o conteúdo dos deveres acessórios à conduta principal, como será visto adiante, dependem do exame de determinadas circunstâncias materialmente concretas, “podendo vir a assumir um relevo jurídico independente – o que não quer dizer que não existissem já anteriormente –, no momento em que o comportamento de uma parte lesa o interesse contratual da outra, contrariamente à boa-fé objetiva”²⁵³.

Assim sendo, por meio da teoria da violação positiva do contrato, o princípio da boa-fé objetiva foi chamado a atuar, no âmbito das relações interprivadas, como fonte autônoma de direitos e obrigações, pois que gênese dos direitos acessórios de conduta, e como fonte de interpretação e integração no que concerne à determinação das prestações devidas.

A substancialidade dos deveres acessórios de conduta não advém de múltiplas abstrações em torno da estrutura do vínculo obrigacional, mas da concretização da boa-fé objetiva ao se aproximarem a violação positiva do contrato e o reconhecimento da complexidade da obrigação²⁵⁴.

²⁵³ PEZZELA, M.C.C., *O princípio da boa-fé no direito privado alemão e brasileiro*, p. 207.

²⁵⁴ Relevante destacar que a teoria da violação positiva do contrato, nos moldes conferidos por Hermann Staub, faz referência a atuações positivas do devedor que podem vir a ferir o vínculo obrigacional. O jurista alemão não menciona a possibilidade de o credor vir a, por atuações positivas, violar a relação obrigacional contraída. A obrigação – na acepção adotada neste estudo – abrange um conjunto de direitos e deveres correspondentes, nascidos a partir de um mesmo fato jurídico. Nesta concepção, diz-se complexa a obrigação, pois representa “um conjunto de direitos e deveres que unem as partes intervenientes, em razão dos quais elas são adstritas a cooperarem, para a realização dos interesses de que sejam credoras, mas com o devido respeito pelos recíprocos interesses do devedor, ou devedores, e tendo em conta também a função social desempenhada, que é a razão última de sua tutela” (NORONHA, F., *Direito das obrigações*, p. 72). Acrescenta TREVISAN, M.A., *Responsabilidade civil pós-contratual*, p. 200, que a relação jurídica obrigacional representa um sistema de processos, uma ordem global que estabelece vínculos especiais entre as partes envolvidas, gerando “uma série de deveres paralelos, estabelecidos a partir de situações concretas, e não a partir da análise meramente teórica ou abstrata da obrigação”. Dentro desta perspectiva, a relação obrigacional apresenta-se como uma generalidade de deveres, divididos em principais, secundários e acessórios de conduta (anexos, laterais ou instrumentais), na qual o princípio da boa-fé, na sua acepção objetiva, permite considerar a realidade jurídica e ético-normativa em que a relação jurídica interprivada é celebrada. A boa-fé objetiva, ao lado do princípio da igualdade e da solidariedade – ambos, no caso da realidade brasileira, previstos no texto constitucional de 1988 –, conforma deveres de conduta a cargo tanto do devedor, como do credor, não mais antagonistas, mas partícipes de um mesmo vínculo obrigacional. Não há, pois, como olvidar que “do contrato derivam obrigações para *ambas* as partes, como *contrapartida* uma das outras e ambas suportando *esforço econômico*” (CORDEIRO, A.M.R.M., *Estudos de direito civil*, p.127). Conforme nota 260 e 264.

4.2 A boa-fé objetiva como fonte dos deveres acessórios de conduta

A doutrina clássica, advinda do ideal liberalista do século XIX, orienta a perspectiva da obrigação no sentido de esgotar-se “no dever de prestar e no correlato direito de exigir ou pretender a prestação”²⁵⁵.

A obrigação é concebida, segundo uma noção clássica, como “um vínculo de direito que liga uma pessoa a outra, ou uma relação de caráter patrimonial, que permite exigir de alguém uma prestação”²⁵⁶.

Ou, ainda, consoante lição de Orlando Gomes²⁵⁷, a relação obrigacional é definida como “um vínculo jurídico entre duas partes, em virtude do qual uma delas fica adstrita a satisfazer uma prestação patrimonial de interesse da outra, que pode exigi-la, se não for cumprida espontaneamente, mediante agressão no patrimônio do devedor”. Tem-se, assim, um vínculo obrigacional, entre dois (ou mais) sujeitos – denominados credor e devedor – em face de uma prestação, onde um deve prestar algo ao outro.

Sob esta base conceitual, foi desenvolvida a concepção – igualmente clássica – de contrato, como sendo um acordo, entre duas ou mais partes, com a finalidade de constituir, regular ou extinguir uma relação jurídica patrimonial.

Esta concepção tradicional, tanto de obrigação, quanto de contrato, abarca uma perspectiva estática da relação obrigacional como um todo, pois atenta exclusivamente para os elementos que a definem, quais sejam os sujeitos, o objeto e o vínculo de sujeição que liga o devedor ao credor, ou seja, a dívida ao crédito. Esta conceituação nada diz sobre a estrutura do vínculo obrigacional, que compreende uma multiplicidade de deveres, de estados, de poderes que decorrem da própria vinculação a que os sujeitos se submetem, e que se volta para o exame

²⁵⁵ OLIVEIRA, U.M., *Princípios informadores do sistema de direito privado*, p. 73.

²⁵⁶ RIZZARDO, A., *Direito das obrigações*, p. 4.

²⁵⁷ Id., *Obrigações*, p. 10. O jurista concebe a obrigação como sendo um vínculo jurídico onde uma pessoa fica adstrita a satisfazer uma prestação em proveito de outra; todavia, faz alusão às idéias de Larenz segundo as quais a obrigação é relação jurídica na qual duas ou mais pessoas se obrigam e adquirem o direito a exigir mutuamente determinadas prestações. Demais disso, não se abstém de trazer à lume a aplicação do princípio da boa-fé objetiva às obrigações, por meio do qual as partes “devem agir corretamente, comportando-se com decência em relação às exigências do mercado e aos princípios de solidariedade humana e social” (Ibid., p. 11).

daqueles – deveres – e “da conduta concreta das partes no dinâmico processo de desenvolvimento da relação obrigacional”²⁵⁸.

Iniciado o século XX, assistiu-se à diversificação contratual, a generalização dos deveres, a massificação social, a substituição da livre discussão das cláusulas contratuais pela mera adesão por aqueles que buscam bens ou serviços em um mercado amplo de consumo.

E, ao mesmo tempo em que a sociedade foi tomada por novos tipos contratuais e pela padronização dos negócios jurídicos destinados a um número indeterminado de indivíduos, uma forte consciência social passou a exigir das relações jurídicas a funcionalização do seu exercício, a socialização dos riscos e a limitação da liberdade contratual pelos princípios constitucionais.

O conceito clássico de obrigação, de contrato, se desfaz diante da teia de novas exigências sociais, que os torna uma relação jurídica complexa, vinculada a uma função social, a uma conduta conforme a boa-fé e à realização da justiça social.

Em verdade, em uma relação jurídica obrigacional tem-se a correspondência entre um direito e um dever contrapostos, onde o devedor deve desenvolver uma conduta em favor do credor; trata-se da prestação principal. Esta, por sua vez, pode, ela própria, conter variadas operações materiais autônomas, sem deixar de constituir-se em uma unidade jurídica.

Por tal razão, Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro²⁵⁹, assevera que a obrigação implica em “créditos múltiplos e diz-se complexa: tem várias prestações principais ou, quando uma delas domine, em termos finais, uma principal e várias secundárias. A determinação de prestações, principais e, disso sendo o caso, secundárias, faz-se pela interpretação das fontes. A boa-fé pode, nesse campo, ser chamada a depor”.

²⁵⁸ MARTINS-COSTA, J., *A boa-fé no direito privado*, p. 384. A perspectiva formalista e abstrata, segundo a jurista, permite um raciocínio meramente subsuntivo, que se limita a adequar o conteúdo abstrato da norma ao caso concreto verificado, pois conjuga apenas o direito do credor (crédito) ao dever do devedor (débito). A prestação, sob estes termos, é tratada como uma prestação isolada, o que traz inúmeras dificuldades no tratamento das obrigações duradouras e dos contratos que se projetam no tempo. Estas obrigações, em especial, levaram os juristas a considerarem a necessidade de relacionar débito e responsabilidade, abrindo caminho para a tutela dos interesses do devedor, pois que ao credor também repousam obrigações no sentido de proporcionar o livre cumprimento da prestação do devedor.

²⁵⁹ Id., *Da boa-fé no direito civil*, p. 591.

A complexidade²⁶⁰ da relação jurídica obrigacional, reconhecida pela doutrina moderna, revela, portanto, que, ao lado dos deveres principais²⁶¹ e secundários²⁶² da obrigação de prestar, existem deveres outros, que lhe são anexos, laterais, compostos pelo princípio da boa-fé, que integram a relação e que não atingem somente a posição do devedor, mas também do credor²⁶³.

Estes novos deveres obrigacionais, denominados laterais, ou, ainda, acessórios de conduta²⁶⁴, originam-se²⁶⁵, não de um ato voluntarístico, mas do

²⁶⁰ Logo que entrou em vigor, no início do século XX, o Código Civil Alemão (BGB), prevendo que, no âmbito das situações jurídicas, credor e devedor devem proceder de boa-fé, incutiu na doutrina germânica o conceito de complexidade da obrigação. Coube a Heinrich Siber defender e divulgar a noção de complexidade intra-obrigacional, que traduz a idéia de que o vínculo obrigacional abarca, além do dever simétrico de prestar, outros elementos jurídicos dotados de autonomia, o que torna a relação obrigacional uma realidade composta. Segundo relata CORDEIRO, A.M.R.M., *Da boa-fé no direito civil*, p. 588, a idéia foi recebida com sucesso, ressaltando que a boa-fé codificada foi aplicada paulatinamente pela jurisprudência, concretizando-se compassadamente. Heinrich Siber denominou, assim, o vínculo obrigacional de “organismo obrigacional”, ao passo que Karl Larenz a designou de “estrutura” ou, ainda, “processo obrigacional”, considerando o sentido global da relação jurídica e seu escopo.

²⁶¹ A prestação principal pode ser definida como o dever central da obrigação, que vai determinar o próprio tipo do contrato, porque lhe delimita o conteúdo. Toma-se, por exemplo, o pagamento do preço pelo comprador e a entrega da coisa vendida pelo vendedor.

²⁶² São deveres secundários de prestação aqueles que visam assegurar o cumprimento da prestação principal, v.g. o dever de conservar a coisa vendida até o momento da entrega na compra e venda. Também são considerados deveres secundários aqueles que, embora com prestação autônoma, decorrem da obrigação principal ou com ela coexistam, por exemplo, respectivamente, o dever de indenização pela impossibilidade culposa da prestação ou o dever de indenização por mora ou cumprimento defeituoso, que acresce à prestação originária. Os deveres secundários diferem dos deveres acessórios de conduta – a seguir analisados – na medida em que dizem respeito a prestações específicas, pré-determinadas; já os deveres acessórios são deveres genéricos provindos de um dever geral de agir de boa-fé na realização das finalidades da relação obrigacional.

²⁶³ Com a queda da visão puramente liberal da relação jurídica obrigacional, declina, por consequência, o entendimento de que ao credor, titular de um direito subjetivo, não caberiam deveres ou encargos. Ao credor estava sujeito o devedor. O princípio da boa-fé altera essa concepção liberalista e determina a necessidade de o credor colaborar no sentido de abster-se em dificultar ou impedir o cumprimento da obrigação pelo devedor, a fim de que a vinculação entre ambos seja suscetível de extinção. Deste modo, a boa-fé intervém para introduzir, ao credor e ao devedor, uma série de deveres de lealdade, de colaboração e de proteção dos recíprocos interesses.

²⁶⁴ O jurista alemão H. Stoll utilizava a expressão “deveres de tutela ou proteção” visto que se destinavam, em regra, à defesa do credor contra os prejuízos que lhe poderiam advir de uma prestação defeituosa ou ao esclarecimento do credor sobre os perigos do objeto do contrato que lhe era devido. Como ensina VARELA, J.M.A., *Das obrigações em geral*, p. 125, a expressão é, contudo, inadequada porque abrange um dever apenas dos múltiplos deveres de conduta que a boa-fé objetiva encerra junto à complexidade obrigacional. Conforme o jurista, a expressão mais adequada é a concebida por Karl Larenz, isto é, “dever de conduta”, uma vez que nem todos os deveres de conduta são de proteção. Por outro lado, NORONHA, F., *Direito das obrigações*, p. 80, utiliza-se da expressão “deveres fiduciários” para designar os deveres acessórios de conduta derivados do princípio da boa-fé objetiva, tendo em vista serem tais deveres exigidos pelo dever de agir de boa-fé, cujo fundamento reside na confiança (*fidúcia*) gerada na outra parte. Segundo este autor, são deveres que apontam o que é legítimo esperar “por parte de quem, no âmbito de um específico relacionamento obrigacional (...), age de acordo com os padrões socialmente recomendados de correção, lisura e lealdade, que caracterizam o chamado princípio da boa-fé contratual” (NORONHA, F., op. cit., loc. cit.).

²⁶⁵ Os deveres acessórios podem, ainda, derivar da lei ou do próprio contrato, quando especialmente pactuado pelas partes, denominados, respectivamente, deveres acessórios legais e

princípio da boa-fé objetiva, enquanto fonte criadora de deveres jurídicos. Aos contratantes, em todo o *iter* negocial, cabe observar parâmetros de lealdade, de veracidade, de cooperação, cuja função é conduzir a relação obrigacional ao resultado integralmente útil a que se propõe realizar²⁶⁶.

A boa-fé objetiva cria, para os partícipes da relação obrigacional, deveres de cooperação e de proteção dos recíprocos interesses, a partir do início das negociações, ou seja, do período das tratativas negociais, até após a extinção do vínculo obrigacional – onde subsistem efeitos jurídicos atinentes ao negócio jurídico celebrado –, “cuja violação pode gerar a obrigação de indenizar os danos dela resultantes”²⁶⁷.

São deveres de proteção, de esclarecimento, de lealdade, que, “em razão da peculiaridade de se orientarem a ambas as partes na relação obrigacional (i.e., devem ser observados tanto pelo devedor como pelo credor), não se destinam diretamente à realização da prestação principal²⁶⁸, diversamente, do que ocorre

convencionados. Em quaisquer dos casos, não se confundem com prestações principais ou secundárias. Os deveres acessórios de conduta derivam, pois, de uma cláusula contratual, de um dispositivo legal *ad hoc* ou do princípio da boa-fé. No presente estudo, sem a pretensão de desconsiderar estas duas fontes de deveres acessórios, concentra-se a atenção no princípio da boa-fé objetiva, enquanto fonte criadora dos deveres acessórios de conduta e que se impõe a ambas as partes de uma relação jurídica obrigacional.

²⁶⁶ Este entendimento é também exposto por PEZZELA, M.C.C., *O princípio da boa-fé objetiva no direito privado alemão e brasileiro*, p. 209, para quem a relação obrigacional tornou-se um todo complexo, composta por deveres de prestação e por deveres a esta laterais, que interessam “à exata satisfação dos interesses globais envolvidos nas relações obrigacionais complexas”, relativos à pessoa e ao patrimônio da contraparte. Neste íterim, chama atenção CORDEIRO, A.M.R.M., *Estudos de direito civil*, p. 122, para a prevalência do alcance da obrigação, notadamente as implicações dela decorrentes, em detrimento da sua natureza real. Afirmo o jurista que a simplicidade em definir o conteúdo da obrigação como um direito do credor a uma conduta do devedor é insuficiente em face da complexidade em que a relação obrigacional se apresenta na atualidade. O conteúdo da obrigação é complexo, donde surgem vários vínculos obrigacionais interligados em uma unidade funcional, unificada em torno do escopo fundamental perseguido pelo conjunto.

²⁶⁷ VARELA, J.M.A., *Das obrigações em geral*, p. 126. Acresce o jurista português que a generalidade dos deveres acessórios de conduta, diante de uma eventual violação, não pode dar margem a uma ação judicial de cumprimento da obrigação, próprias dos deveres de prestação (principais). Porém, a sua violação “pode obrigar à indemnização dos danos causados à outra parte ou dar mesmo origem à resolução do contrato ou a sanção análoga” (Ibid., p. 129).

²⁶⁸ Ao tratar do desenvolvimento da teoria da violação positiva do contrato no direito alemão, FRADERA, V.M.J., *A quebra positiva do contrato*, p. 147, assinala a posição de Clóvis do Couto e Silva segundo o qual o direito germânico se apóia, quanto a esta concepção, ao conceito de *anticipated breach of contract* do *Common Law*. Neste contexto, afirma que a exigibilidade do dever principal se dá apenas na data do vencimento, ao passo que os deveres acessórios de conduta podem ser exigidos em todo o *iter* contratual, mesmo após o vencimento do contrato. E, caso sobrevenha qualquer violação a tais deveres acessórios, tal violação positiva do contrato enseja o dever de indenizar.

com os deveres secundários”²⁶⁹. Ao contrário destes últimos, os deveres acessórios de conduta destinam-se ao adimplemento da obrigação como um todo, mas não por meio do cumprimento da prestação principal, e, sim, pela atuação conforme padrões éticos, perfilados pela lealdade e pela probidade, pela correção e pela cooperação, pautados na confiança sob a qual as partes devem conduzir as suas recíprocas relações.

A totalidade complexa em que é concebida a obrigação põe em causa, portanto, “o paradigma tradicional do direito das obrigações, fundado na valorização jurídica da vontade humana, e inaugura um novo paradigma para o direito obrigacional, não mais baseado exclusivamente no dogma da vontade (individual, privada ou legislativa), mas na *boa-fé objetiva*”²⁷⁰.

Deste modo, na relação obrigacional, entendida como um processo complexo e como totalidade, credor e devedor abandonam a posição, até então defendida, de antagonistas, para se tornarem colaboradores de um vínculo obrigacional, buscando, conjuntamente, a consecução do adimplemento negocial e da satisfação dos recíprocos interesses²⁷¹.

A massificação contratual e o desequilíbrio material das partes nas relações jurídicas contratuais contemporâneas justificam a imposição de tais deveres acessórios, na medida em que uma das partes tem reduzida parcela da sua liberdade contratual, o que a torna vulnerável frente à contraparte. Desta sorte, a exigência de deveres acessórios de conduta permite que, na relação jurídica, seja

²⁶⁹ PEIXOTO, E.L., *O princípio da boa-fé objetiva no direito civil brasileiro*, p. 155. A tripartição dos deveres acessórios de conduta – em deveres de proteção, de esclarecimento e de lealdade – é adotada por CORDEIRO, A.M.R.M., *Da boa-fé no direito civil*, p. 604, que considera satisfatória tal panorâmica para delinear a série de deveres anexos à prestação principal, frente à gama de tipificações outras trazidas pela melhor doutrina. Ainda, TREVISAN, M.A., *Responsabilidade civil pós-contratual*, p. 205, sustenta que os deveres acessórios de conduta se dividem em autônomos (ou independentes) ou dependentes do dever principal. Os deveres acessórios dependentes, segundo o autor, são aqueles que estão intimamente ligados ao dever principal, de modo que o descumprimento daqueles conduziria ao descumprimento – ou cumprimento imperfeito – deste último; por seu turno, os deveres acessórios ditos autônomos são aqueles que podem ser acionados isoladamente, sem que influenciem na execução do dever principal, caracterizando-se, sobretudo, pela eficácia posterior à conclusão do contrato pelo regular cumprimento da obrigação principal.

²⁷⁰ MARTINS-COSTA, J., *A boa-fé no direito privado*, p. 394.

²⁷¹ Neste ínterim, aduz Arnoldo Wald que não há entre os contratantes um antagonismo, mas complementação, na medida em que “em vez de adversários, os contratantes passaram, num número cada vez maior de contratos, a ser caracterizados como parceiros, que pretendem ter, um com o outro, uma relação equilibrada e equitativa, considerando os ideais de fraternidade e justiça” (DINIZ, M.H.; LISBOA, R.S., *O Direito Civil no século XXI*, p. 85). Vê, assim, o contrato como um instrumento de cooperação mútuo, baseado na lealdade e na confiança recíproca, em uma união de interesses equilibrada.

alcançada uma condição de equilíbrio entre os contratantes e a harmonização dos interesses.

Por meio dos deveres acessórios de conduta, o princípio da boa-fé objetiva vincula as contrapartes a salvaguardarem o próprio acordo mediante o respeito às cláusulas contratuais e ao equilíbrio das recíprocas prestações, sujeitando-as, igualmente, “às exigências da relação econômico-social subjacente, vínculo que se substancializa mediante o dever de conservação do contrato segundo a sua particular estrutura econômica”²⁷².

Deste modo, para além da prestação principal a que estão vinculadas as partes, lhes subsistem deveres outros, acessórios de conduta. A estes deveres não interessa diretamente o cumprimento do todo da prestação principal ou dos deveres secundários, mas o exato cumprimento da relação obrigacional, nela inclusos os recíprocos interesses e as legítimas expectativas dos consortes. São deveres autônomos, embora acessórios do dever principal, originados pelo princípio da boa-fé objetiva e voltados à realização do fim da relação obrigacional, que são analisados a partir do cumprimento inadequado, imperfeito da obrigação, visto que uma das partes pode efetuar o cumprimento da prestação principal que lhe cabe, porém, ainda assim, causar dano à outra.

Imagine-se “se um fornecedor de produtos entrega ao consumidor certo bem, no prazo designado e em perfeitas condições, porém não cumpre o seu dever de informar sobre o seu uso adequado e causa prejuízo ao consumidor”²⁷³. Neste exemplo, embora a prestação principal de entrega do produto na qualidade esperada tenha sido cumprida, a inexistência de informação sobre o adequado uso do bem acarreta a violação do dever acessório de informação por aquele que detinha a obrigação de prestar.

Os deveres acessórios de conduta são gravados, destarte, em cada uma das partes da relação jurídica, “*al fine di conservare integra la loro sfera giuridica, tutelandola nei confronti di possibili invasioni lesive che l'esistenza stessa del rapporto rende più agevoli in ragioni del contatto sociale che con essi si realizza*”²⁷⁴.

²⁷² MARTINS-COSTA, J., *A boa-fé no direito privado*, p. 443.

²⁷³ DONNINI, R.F., *Responsabilidade pós-contratual*, p. 41.

²⁷⁴ BESSONE, M., *Casi e questioni di diritto privato*, p. 300. Na tradução livre: “com o fim de conservar íntegra as suas esferas jurídicas, tutelando-as no confronto com possíveis invasões

Logo, devem as contrapartes pautar suas condutas de modo a não violar os direitos subjetivos e os interesses do outro contratante, tampouco de terceiros. Este caráter de solidariedade provém da despatrimonialização²⁷⁵ das relações interpriadas, a partir da incidência dos princípios constitucionais no exercício dos direitos subjetivos na esfera jurídica privada.

Dotados de conteúdo indeterminado, os deveres acessórios de conduta não são estabelecidos previamente; são aferidos no curso da relação obrigacional, objetivamente, uma vez consideradas as circunstâncias e as peculiaridades do caso concreto. E, assim como o princípio da boa-fé, os deveres acessórios devem ser observados em todas as fases contratuais – tratativas, curso normal da contratação e após a conclusão do pacto – pois que “em se tratando de boa-fé, os comportamentos formadores ou resultantes de outros não podem ser cindidos”,²⁷⁶.

O não cumprimento da relação obrigacional como um todo, considerando-a como realidade complexa e a ela inerente deveres anexos à prestação principal, desencadeia a atuação de mecanismos legais voltados à redistribuição do equilíbrio contratual, por meio da distribuição dos riscos, do regulamento pactuado pelas partes a respeito e consoante o imperativo de justiça e equidade. A inobservância de um dever, seja ele principal ou acessório de conduta, gera um desequilíbrio na relação contratual, sujeito à intervenção da lei e do princípio da boa-fé objetiva, que impõem ao causador do dano a responsabilidade relativa ao ato exercido e, conseqüentemente, a indenização pelos danos advindos à contraparte.

Por tal razão, alude-se à violação dos deveres acessórios de conduta como fonte de responsabilidade contratual²⁷⁷. A função dos deveres acessórios “è

lesivas que a existência desta relação rende mais fácil em razão do contato social que por meio desta se realiza”.

²⁷⁵ A leitura constitucional das relações jurídicas privadas anota, como visto, a despatrimonialização do direito privado, tendo em vista a primazia da pessoa humana, bem como da sua dignidade, personalidade e livre desenvolvimento, preconizada pelo texto constitucional de 1988. Os valores existenciais incutidos no direito privado pelos dispositivos constitucionais permitiram a humanização das relações interpriadas, abrindo espaço “para a valorização do homem enquanto *ser*, além das preocupações atinentes ao *ter*” (FACHIN, L.E. (coord.), *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*, p. 185). Assim, a Constituição, berço dos valores sociais, repercute sobre o direito privado dele exigindo uma conduta ética no cumprimento das relações jurídicas obrigacionais, a fim de que seja promovido o desenvolvimento e a dignidade da pessoa humana.

²⁷⁶ LÔBO, P.L. N., *Princípios sociais dos contratos...*, p. 194.

²⁷⁷ No que concerne à responsabilidade pela violação de deveres acessórios de conduta, a orientação não é pacífica e a doutrina se divide. Em contraposição àqueles que defendem a natureza contratual da responsabilidade pela lesão a deveres anexos à prestação principal, há quem

*analoga a quella svolta dallo stesso principio dell'alterum non laedere che presiede alla responsabilità aquiliana. Ne deriva che la violazione degli obblighi di protezione è un illecito sottratto al regime di quest'ultima e ascritto all'ambito della responsabilità contrattuale, proprio perchè mediato dalla violazione di un obbligo*²⁷⁸.

Segundo Monica Selvini²⁷⁹, o dever de correção advindo do princípio da boa-fé objetiva impõe deveres anexos à prestação principal, relacionados com o cumprimento leal e probo da relação jurídica obrigacional, cuja violação “*comporta la responsabilità contrattuale per il contraente che non ha adottato quei comportamenti che, se pur non previsti in contratto, devono comunque ritenersi doverosi in relazione alle peculiarità del caso specifico*”.

Logo, da função integrativa da boa-fé objetiva derivam obrigações acessórias, relativas a deveres de proteção e salvaguarda, de esclarecimento e informação, e de lealdade, que impõem ao credor e ao devedor que façam não apenas aquilo a que se tenham comprometido, mas igualmente tudo aquilo que se faz necessário para garantir à contraparte o pleno resultado útil da prestação

defenda a natureza extracontratual de tal responsabilidade. A doutrina que preconiza a responsabilidade pela violação dos deveres acessórios de conduta como extracontratual, entende que se trataria da hipótese de proteção de bens jurídicos outros, distintos da obrigação em aspecto técnico, por estarem centrados no princípio da boa-fé objetiva, razão pela qual defendem que a via adequada é a aquiliana. (DONNINI, R.F., *Responsabilidade pós-contratual*, p. 145-149) Outra parte da doutrina defende uma terceira via de responsabilidade, um regime misto entre a responsabilidade contratual e a extracontratual. Esta terceira via da responsabilidade civil estaria fundada “em vínculos específicos de deveres das partes no tráfego negocial, deveres esses superiores aos denominados deveres genéricos, supedaneados na boa-fé, e não no dever geral de diligência”(DONNINI, R.F., op. cit., p. 146), especialmente no tocante à responsabilidade pós-contratual. Esta teoria, entretanto, não altera a realidade fática atual onde ao intérprete se permite optar entre a caracterização da responsabilidade contratual e da responsabilidade extracontratual. A concepção de responsabilidade contratual é defendida por renomados doutrinadores, como Cláudia Lima Marques, Paulo Nalin, Mônica Selvini, Antônio Manuel da Rocha Menezes e Cordeiro, e Sebastiano Ciccarello, segundo o qual a obrigação acessória, por ele denominada “obrigação colateral” por entender a expressão mais significativa, é obtida diretamente do sistema como obrigação primária, ainda que não seja objeto da prestação principal, e, por conseguinte, em face da tutela da pessoa humana, valor central do sistema jurídico, eventual violação deve ser sancionada como responsabilidade contratual (DEL PRATO, E., *Violazioni del contratto*, p. 88). Também Giuseppe Grisi considera suscetível de responsabilidade contratual a violação de, por exemplo, dever pré-contratual de informação (MAZZAMUTO, S., *Il contratto e le tutele...*, p. 153).

²⁷⁸ BESSONE, M., *Casi e questioni di diritto privato*, p. 301. Na tradução livre: “é análoga àquela desenvolvida pelo mesmo princípio do *alterum non laedere* que preside a responsabilidade aquiliana. Dela deriva que a violação das obrigações de proteção é um ilícito subtraído do regime desta última e inscrito no âmbito da responsabilidade contratual, próprio porque mediado da violação de uma obrigação”.

²⁷⁹ Id., *Buona fede e preliminar di compravendita...*, p. 433. Na tradução livre: “comporta a responsabilidade contratual para o contratante que não tenha adotado aqueles comportamentos que, ainda que não previstos no contrato, devem de qualquer modo ser observados em relação às peculiaridades do caso específico”.

devida²⁸⁰ e “*un migliore soddisfacimento della legittima aspettativa della controparte e alla realizzazione dello scopo del rapporto obbligatorio*”²⁸¹.

4.2.1 Deveres de proteção

Desde as tratativas até o término do contrato, e até mesmo após a sua conclusão, as partes encontram-se vinculadas a deveres acessórios de proteção. Enquanto perdure a relação contratual, as partes devem evitar, concomitantemente, que sejam infligidos danos mútuos, pessoais ou patrimoniais.

No curso da relação contratual são necessárias medidas de segurança a fim de prevenir que as partes sejam acometidas por danos nas suas pessoas ou nos seus patrimônios. Aduz Antonino Scalisi²⁸² que as obrigações acessórias de proteção estão diretamente voltadas “*a tutelare le esigenze fondamentali della persona (libertà, dignità, sicurezza) o a conservare, (...), i beni della controparte*”.

Representam deveres próprios a proteger as partes contratantes, resguardando interesses que não constituem objeto de interesse específico da relação obrigacional, mas que são pressupostos ou deveres implícitos para a realização do resultado útil do pacto, a fim de impedir que uma das partes produza danos ou danos maiores que aqueles contratualmente previstos.

Um caso clássico de dever acessório de prestação foi pressuposto pelo RG²⁸³, no caso que segue. Um telhador que pretendia tirar medidas para uma placa de zinco, a instalar num telheiro, caiu através de uma tábua podre colocada no topo da construção e feriu-se com gravidade. O BGB entendeu que o proprietário, por força do contrato celebrado, devia ter tomado medidas convenientes para manter

²⁸⁰ DELGADO, M.L.; ALVES, J.F., *Questões controvertidas no novo Código Civil*, p. 419. Deste entendimento corrobora CORDEIRO, A.M.R.M., *Estudos de direito civil*, p. 135: “o não cumprimento de dever acessório deve, ao que pensamos, ser equiparado, para todos os efeitos, ao mau cumprimento da própria obrigação, uma vez que, como foi visto, o dever acessório se inscreve no conteúdo desta”.

²⁸¹ CALVARI, F., *Equilibrio normativo ed equilibrio economico nei contratti dei consumatori*, p. 45. Na tradução livre: “uma melhor satisfação da legítima expectativa da contraparte e a realização do escopo da relação obrigacional”.

²⁸² Id., *La comune intenzione dei contraenti...*, p. 193. Na tradução livre: “a tutelar as exigências fundamentais da pessoa (liberdade, dignidade, segurança) ou a conservar, (...), os bens da contraparte”.

²⁸³ Suprema Corte Alemã.

a segurança do local, tanto mais que sabia da necessidade que o encarregado da obra tinha de o franquear. Não o fazendo, violou esse dever de segurança, derivado da boa-fé²⁸⁴.

Outro exemplo repousa sobre a atuação das sociedades empresárias de transporte coletivo. Compete à sociedade empresária promover a segurança dos seus passageiros, e responde ela pela incolumidade física e psíquica dos viajantes. Igual responsabilidade cabe às instituições que prestam serviços de ensino ou de práticas esportivas, bem como àquelas que promovem espetáculos públicos. Também as instituições financeiras devem se ater a deveres de proteção e segurança dos dados de seus clientes, fornecidos em virtude de um contrato de prestação de serviços bancários.

É dever das partes garantir e salvaguardar a integridade pessoal e a esfera patrimonial do outro contratante, ao que corresponde o dever de reparar os danos causados à outra parte advindos da desatenção para com o dever acessório de proteção²⁸⁵.

A preocupação que move o dever de proteção diz respeito à defesa patrimonial e extrapatrimonial da outra parte contratante; a sua inobservância configura comportamento lesivo que desequilibra a relação contratual, o que, em sede de contratos sinalagmáticos, compreende uma das causas de resolução contratual²⁸⁶.

²⁸⁴ CORDEIRO, A.M.R.M., *Da boa-fé no direito civil*, p. 604. Outro exemplo neste sentido é trazido por Ronnie R. Duarte, in DELGADO, M.L.; ALVES, J.F., *Questões controvertidas no novo Código Civil*, p. 418. Explana o autor uma relação jurídica firmada entre um pintor e um escritório, onde o primeiro foi contratado para prestar serviços de pintura em todo o espaço físico do segundo. O escritório deixa de colocar um aviso de cuidado em virtude de alguma particularidade havida no chão, e o pintor acaba escorregando e quebrando o braço. No exemplo em questão, entende o jurista, não existe um ato ilícito, tampouco um descumprimento do contrato firmado; entretanto, vislumbra-se a violação de um dever acessório de conduta, qual seja o de proteção da integridade física da contraparte.

²⁸⁵ Poder-se-ia argumentar que os deveres acessórios de proteção traduziriam um dever de diligência no qual o adimplemento da obrigação deve estar inspirado. Objeta MAJO, A., *Obbligazioni in generale*, p. 123-124, argüindo que existem hipóteses onde o dever de proteção ao objeto do contrato está inserido ou inerente ao interesse primário da prestação – v.g. contratos de transporte, de locação, de trabalho –, pois que junto à prestação principal está incluído o dever de “não causar dano” à pessoa ou ao seu patrimônio, tratando-se de um dever de salvaguardar a pessoa ou o bem. Do contrário, caso se entendesse por meros deveres de diligência, tais interesses seriam protegidos apenas pela via aquiliana, o que colocaria os sujeitos da relação jurídica obrigacional em uma situação substancialmente prejudicial, em face do maior risco de não obter a tutela adequada.

²⁸⁶ BESSONE, M., *Casi e questioni di diritto privato*, p. 301.

La tecnica dei <doveri di protezione> è stata, in particolar modo, sollecitata per risolvere ipotesi in cui danni o pregiudizi si sono verificati in occasione di <contatti> non (ancora) formalizzati in un (valido) rapporto obbligatorio. Basta pensare al noto caso della culpa in contrahendo. Considerarli dunque specificazioni di <prestazioni principali>, oggetto di obblighi insorti, significherebbe escluderne l'impiego in ipotesi in cui questi obblighi non si sono ancora formati (v. culpa in contrahendo) o si sono invalidamente formati o sono retroattivamente venuti meno. In che dimostra in sostanza che i c.d. doveri di protezione sono espressione di una esigenza più vasta, di allargare la zona di tutela della obbligazione anche ad interessi che non sono connessi agli usuali rapporti di scambio²⁸⁷.

A preocupação com os deveres acessórios de proteção atingiu o legislador consumerista brasileiro de modo expresso, pois que em se tratando de relação de consumo v.g. a inserção no mercado de produtos perigosos gera para o fornecedor um dever acessório de vigilância e de segurança, ou seja, deve ele zelar para que o consumidor seja informado sobre a periculosidade do produto posteriormente identificada²⁸⁸.

Todavia, chama atenção Judith Martins-Costa²⁸⁹ que, em paralelo com o direito comparado, a jurisprudência brasileira nem sempre alcança o entendimento de que os danos advindos a uma das partes da relação contratual provêm de uma conduta contrária à boa-fé objetiva, em especial a algum dever acessório de proteção. Isto porque, segundo a jurista, “grande parte das decisões fundadas na boa-fé lhe conota tão-somente a acepção marcada pelo subjetivismo, seja a de

²⁸⁷ MAJO, A., *Obbligazioni in generale*, p. 126. Na tradução livre: “A técnica dos <deveres de proteção> foi, em modo particular, solicitada para resolver hipóteses em que danos ou prejuízos são verificados por ocasião de <contatos> (ainda) não formalizados em uma (válida) relação obrigacional. Basta pensar ao notório caso da *culpa in contrahendo*. Considerar-la pois especificações de <prestações principais>, objeto de obrigações supervenientes, significaria excluir-lhes o emprego em hipóteses em que estas obrigações não foram ainda formadas (v.g. *culpa in contrahendo*) ou se são invalidamente formadas ou são retroativamente diminuídas. O que demonstra substancialmente que os c.d. deveres de proteção são expressões de uma exigência mais vasta, de alargar a zona de tutela da obrigação e também dos interesses que não são conexos às usuais relações de troca”.

²⁸⁸ É o que dispõe o artigo 10, do Código de Defesa do Consumidor, e parágrafo 1º, respectivamente, *in verbis*: “O fornecedor não poderá colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança. § 1º. O fornecedor de produtos e serviços que, posteriormente à sua introdução no mercado de consumo, tiver conhecimento da periculosidade que apresentem, deverá comunicar o fato imediatamente às autoridades competentes e aos consumidores, mediante anúncios publicitários”. Outro exemplo de dever de proteção trazido pelo Código de Defesa do Consumidor repousa sobre a vedação de serem inseridos no mercado produtos e serviços que acarretem riscos à saúde ou à segurança dos consumidores, tal como prescreve o artigo 8º, *in verbis*: “Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito”.

²⁸⁹ Id., *A boa-fé no direito privado*, p. 421.

‘errônea crença’, seja a de ‘ignorância excusável’, ou, então, a acepção que, traçada no direito canônico, infiltrou a jurisprudência francesa, qual seja o apelo à boa-fé como *fórmula de reforço à adstringibilidade ao pactuado*”²⁹⁰, de modo que a não utilização da boa-fé objetiva como *decisum* pela jurisprudência nacional dificulta a sistematização judicial das decisões e o desenvolvimento do Direito.

4.2.2 Deveres de esclarecimento

Às partes de uma relação jurídica obrigacional, é imposto o dever de prestar todas as informações relevantes a ela pertinentes. Trata-se, em verdade, de um dever acessório de esclarecimento, que abrange todas as fases da relação obrigacional.

Na vigência do contrato, bem como nas fases pré²⁹¹ e pós-contratual, os deveres acessórios de esclarecimento obrigam as partes a “informarem-se mutuamente, de todos os aspectos atinentes ao vínculo, de ocorrências que, com ele, tenham certa relação e, ainda, de todos os efeitos que, da execução contratual, possam advir”²⁹².

²⁹⁰ MARTINS-COSTA, A *boa-fé no direito privado*, p. 426.

²⁹¹ Preceitua GHESTIN, J., *Traité du droit civil*, p. 610, que o dever acessório de informação na fase pré-contratual traz uma nova forma de proteção ao consentimento, de modo a conciliar a autonomia da vontade com a idéia de responsabilidade e boa-fé objetiva, pois que reconhece a desigualdade existente entre as partes no contrato, em especial nos casos envolvendo profissionais e leigos. Deste modo, o reconhecimento do desequilíbrio havido entre os sujeitos contratuais nas tratativas, consubstancia a relevância do dever pré-contratual (acessório de conduta) de informação, atribuindo-lhe “*il compito di soddisfare un’esigenza di riequilibrio*” (MAZZAMUTO, S., *Il contratto e le tutele*, p. 145. Na tradução livre: “a tarefa de satisfazer uma exigência de reequilíbrio”).

²⁹² CORDEIRO, A.M.R.M., *Da boa-fé no direito civil*, p. 605. Um exemplo pode ser retirado dos contratos de prestação de serviços médicos, consoante assinala o jurista: uma paciente se submete a uma cirurgia sob a orientação médica de que deveria ser retirado um abcesso no peito. Após recuperar-se da anestesia, a paciente constatara que o médico lhe havia submetido a uma mastectomia, isto é, à retirada total do seio atingido pelo câncer de mama. Entretanto, realizados exames, constatou-se que o tumor era benigno e não justificaria, em princípio, a mastectomia. O médico, segundo decisão jurisprudencial da Corte Alemã, não esclarecera, antes da operação, a paciente, das consequências possíveis da intervenção que ia praticar. Menezes e Cordeiro faz ainda uma observação: em casos de contratos de prestação de serviços médicos e eventual demanda por responsabilidade, o dever médico de esclarecimento “varia, ainda, em profundidade, consoante a inteligência e os conhecimentos do paciente e as necessidades do caso” (Ibid., p. 606).

A informação é, sobretudo, direito fundamental, constitucionalmente garantido pelo artigo 5º, inciso XIV, da Carta Magna²⁹³. A cada um dos contratantes compete o fornecimento de todos os dados imprescindíveis à relação contratual, a fim de que seja esta “efetuada com o pleno conhecimento das circunstâncias subjetivas e objetivas que podem gerar consequências sobre a satisfação dos interesses almejados através do contrato”²⁹⁴.

Ao dever de informação, acresce-se o dever de veracidade do conteúdo das informações prestadas, uma vez não ser suficiente que as partes prestem informações umas às outras. As informações prestadas têm de ser verdadeiras. Tal circunstância rende a responsabilidade das partes pela informação dada, de tal modo que o não cumprimento do dever de informar ou, porém, cumprido de forma insuficiente, ao outro consorte cabe o pleito de perdas e danos e, se for o caso, de indenização por danos morais.

A propósito, no que concerne à obrigação de informar, de esclarecer, imposta às partes, há a preocupação com a extensão deste dever, o que abarca questões como o que deve ser informado, até que ponto são devidas informações pelas partes a respeito dos fatos que envolvem a obrigação.

O dever de informar está limitado ao conteúdo do contrato²⁹⁵. Os contratantes devem estar esclarecidos acerca das qualidades essenciais do objeto, o que não se confunde com as oportunidades ou as vantagens que podem ser ofertadas pelo contrato.

Ademais, o dever de informar, enquanto obrigação legal fundada em uma regra acessória de conduta, contém duas espécies de prestações, uma positiva e outra negativa. A primeira – positiva – consiste em um dever jurídico de informar, de dizer a verdade acerca do objeto do contrato e dos riscos que o mesmo comporta e que o titular possui conhecimento ou deveria conhecer. Acoberta, assim, a obrigação de não omissão. Em contrapartida, a segunda prestação, negativa, compreende a abstenção de abusar da ignorância da outra parte, a fim de

²⁹³ Constituição Federal, artigo 5º, inciso XIV, *in verbis*: “Todos são iguais perante a lei, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XIV- é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”.

²⁹⁴ LISBOA, R.S., *Manual de direito civil*, p. 104.

²⁹⁵ AZEVEDO, A.J., *Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor*, p. 28.

não a induzir a erro, ou seja, deve o titular da informação abster-se de mentir²⁹⁶. É a obrigação de veracidade, vedando-se às partes fornecer informações falsas ou enganosas.

Também se faz necessário que a informação seja prestada oportunamente. Informação tardia é desconforme ao princípio da boa-fé objetiva, dando causa à responsabilização da parte por danos advindos da prestação de informação a destempo.

E, vai-se além: um dos primados da boa-fé é a transparência nas informações. O dever de transparência faz referência à conduta do contratante e não propriamente ao conteúdo da informação prestada, pois que “a transparência indica clareza de agir, tendo cada parte direito a saber a forma pela qual a outra atua para a satisfação dos seus interesses próprios e dela também, em virtude do dever de cooperação recíproca”²⁹⁷.

Exige-se dos contratantes um comportamento correto no sentido de informar toda a complexidade do negócio a ser efetuado, bem como todas as condições e todos os riscos do objeto do contrato²⁹⁸. Obscuridade, ambigüidade ou omissões sobre dados essenciais corrompem o verdadeiro teor da informação e prejudicam o sujeito para quem se dirigem.

Trata-se de um “princípio jurídico que gravita em torno da plena e suficiente informação contratual, significa “*consapevolenza*” (ciência ou conhecimento) dos termos do contrato”²⁹⁹. A transparência consagra a confiança negocial; do contrário, caso não observada pelo pré-disponente, isto é, caso os termos da avença não sejam adequadamente informados pelo contratante que dispõe das informações, e “levando o aderente a assumir deveres contrários aos

²⁹⁶ Aduz STIGLITZ, R.S., *La obligación precontractual v. contratual de información*, p. 13, que “*la obligación legal de información también consiste en abstener-se de afirmar absolutamente nada sin estar seguro de lo que se informa a los fines de evitar inducir en error al contratante*”. Na tradução livre: “a obrigação legal de informação também consiste em abster-se de afirmar absolutamente nada sem estar seguro de que o que se informa, com o fim de evitar induzir em erro o contratante”.

²⁹⁷ LISBOA, R.S., *Manual de direito civil*, p. 105. No ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da transparência é estabilizado em lei, introduzido pelo *caput* do artigo 4º, do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*: “A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da qualidade da sua vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:”.

²⁹⁸ No que tange às relações de consumo, dispõe o artigo 46 do Código de Defesa do Consumidor, que “Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance”.

²⁹⁹ NALIN, P., *Do contrato: conceito pós-moderno*, p. 145.

seus interesses patrimoniais e existenciais, caracteriza-se a violação da confiança depositada no outro e na sua postura contratual³⁰⁰.

Ademais, a violação de um dever de informação e transparência pode vir a dar causa a um desequilíbrio contratual relevante, pois que a *“buona fede impone al predisponente di far comprendere all’aderente la portata dei suoi diritti e doveri, affinché questi al momento della conclusione del contratto abbia chiara la misura del suo impegno”*³⁰¹. E, *“quando l’oggetto non viene descritto in modo chiaro e comprensibile pare aprirsi la possibilità di un controllo sulla congruità dello scambio”*³⁰².

É dever das partes contratantes fornecer informações adequadas, pois sobre elas repousa o ato volitivo de ambos os consortes, que precisa ser consciente e esclarecido, para delas se colher um consenso livre e de acordo com a boa-fé.

A informação não basta existir e ser suficiente. Deve, sobretudo, além de verdadeira, ser clara, isto é, ser compreensível e acessível ao destinatário ou aderente, ao longo de toda a formação, execução e conclusão contratual, estendendo-se após a conclusão do contrato. A clareza contratual realiza, assim, o controle do contrato e, conseqüentemente, promove a justiça social.

Isto porque o propósito do dever de informar, verídica e adequadamente, é conformar o contrato e seus efeitos às legítimas expectativas reciprocamente produzidas junto aos contratantes. Desperta especial atenção os contratos de adesão, onde uma das partes – em geral, a profissional – domina tecnicamente o conteúdo do contrato, gerando um estado de confiança na contraparte, que desconhece, em grau equivalente, tais dados, que deve ser respeitado. Assim, *“la obligación de informar constituye hoy una de las manifestaciones del espíritu de solidaridad que debe caracterizar estos tiempos, muy especialmente en los dominios del contrato”*³⁰³.

³⁰⁰ NALIN, P., *Do contrato: conceito pós-moderno*, p. 146.

³⁰¹ CALVARI, F., *Equilibrio normativo ed equilibrio economico nei contratti dei consumatori*, p. 71. Na tradução livre: “a boa-fé impõe ao predisponente de fazer compreender ao aderente o resultado dos seus direitos e deveres, a fim que estes ao momento da conclusão do contrato tenham clara a medida da sua obrigação”.

³⁰² Ibid., p. 74. Na tradução livre: “quando o objeto não vier descrito em modo claro e compreensível, abre-se a possibilidade de um controle sobre a conformidade do contrato”.

³⁰³ STIGLITZ, R.S., *La obligación precontractual v. contratual de información*, p. 15. Na tradução livre: “a obrigação de informar constitui hoje uma das manifestações do espírito da solidariedade que deve caracterizar estes tempos, mais especialmente nos domínios do contrato”.

A confiança legítima supõe a veracidade, a honestidade, da informação prestada pelo seu titular que é despertada no adquirente. Destarte, a cooperação e a lealdade exigidas pelo princípio da boa-fé são devidas em todo o *iter* contratual, especialmente na etapa das tratativas negociais, quando as partes devem atuar com correção e cooperação, buscando preservar o equilíbrio requerido pelo ordenamento jurídico.

Neste ínterim, afirma Paulo Nalin³⁰⁴ que “a plena informação contratual deve ser constante para o sujeito que detém o poder da redação de seus termos, esclarecendo o seu conteúdo, por solicitação ou não, no objetivo de validar, em todos os momentos, a confiança depositada na conduta”.

Justifica-se o dever acessório de esclarecimento na desigualdade das partes em uma relação jurídica contratual, na medida em que, pressupõe-se, uma delas se encontra informada e a outra desinformada sobre um fato que gravita ou exerce influência sobre o consentimento desta última, de tal sorte que o contrato não teria sido concluído ou teria sido concluído em condições mais favoráveis³⁰⁵ diante das informações necessárias.

Deste modo, a responsabilidade pela violação do dever de informar repousa no fato de que o seu inadimplemento fere a legítima confiança depositada pela parte que celebra o contrato, porque desconhece um fato relevante, já conhecido pelo consorte. Isto porque, “quando uma das partes pode legitimamente confiar na outra, ela não necessita demonstrar que não lhe era possível informar-se. Ela encontra-se no direito de esperar de seu co-contratante as informações necessárias”³⁰⁶.

Em não havendo a informação devida ou sendo ela incompleta, a vontade contratual do aderente será inexistente ou incompleta, estando o contrato sujeito à

³⁰⁴ Id., *Do contrato: conceito pós-moderno*, p. 149.

³⁰⁵ STIGLITZ, R.S., *La obligación precontractual v. contratual de información*, p. 14. Acrescenta MARTINS-COSTA, J., *A boa-fé no direito privado*, p. 447: “Daí que contratos, originando créditos e débitos perfeitamente iguais, possam gerar relações contratuais diversas: basta pensar numa venda de um objeto por certo preço a um leigo na sua utilização e na venda do mesmo objeto pelo mesmo preço a um conhecedor, com o surgimento, no primeiro caso, de deveres de esclarecimento e informação. Eventualmente conducentes a um dever de indenizar”. Importa ainda esclarecer que o dever de informação não pode ser considerado ilimitado. Cada uma das partes é responsável pelas informações necessárias à exata conclusão do negócio, o que compreende todos os elementos capazes de influenciar na decisão da contraparte sobre concluir ou não o contrato e de concluí-lo consoante determinadas condições.

³⁰⁶ GARCIA, E.C., *Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé*, p. 131.

nulidade, ao menos, das condições não mencionadas³⁰⁷. De outra sorte, “nem sempre a falta de informação é de tal magnitude que determine a necessidade de anulação do contrato”³⁰⁸. Há que se considerar a intensidade do dever acessório de esclarecimento perante o caso em concreto, o que, em face do princípio da preservação do contrato³⁰⁹, pode significar a indenização ao lesado de perdas e danos tão somente e não necessariamente a rescisão do contrato.

Nas relações de consumo, importante destacar, toda informação ou publicidade vincula o fornecedor, integrando o futuro contrato³¹⁰. Deste modo, procurou o legislador consumerista evitar que a informação ou a publicidade contenham dados inverídicos sobre os produtos ou serviços, privilegiando a transparência nas práticas contratuais, especialmente nas pré-contratuais, assegurando ao consumidor um tratamento leal e correto por parte do fornecedor.

Por tal razão, “as informações carreadas pela comunicação de massa devem ser transparentes, cristalinas, se dirigidas aos consumidores ou aos cidadãos, por força do princípio da transparência e do cardeal princípio da confiança”³¹¹.

³⁰⁷ NALIN, P., *Do contrato: conceito pós-moderno*, p. 152.

³⁰⁸ GARCIA, E.C., *Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé*, p. 134. Elucida o jurista que em hipótese onde o dever de informação abrange uma maior intensidade, maior é a gravidade da violação, especialmente quando o descumprimento do dever de informação repercutiu na própria formação do consentimento. Neste caso, caberia a anulação do negócio jurídico tendo em vista que o contrato não se formaria se a informação houvesse sido prestada.

³⁰⁹ O princípio da boa-fé objetiva tem por objetivo salvaguardar a existência e a eficácia do contrato, por meio da imposição de condutas leais, honestas e corretas aos contratantes. Não lhe interessa invalidar o contrato de antemão, mas evitar que as partes incorram em condutas abusivas umas contra as outras e manter o equilíbrio das prestações assinaladas. Deste modo, o dever de esclarecimento, ou outra obrigação derivada da boa-fé objetiva, deve ser sopesada diante do caso concreto, diante das circunstâncias concretas que informam a situação jurídica, a fim de preservar o acordo, conservando o programa econômico, o que significa salvaguardar a economia do contrato. Em outras palavras, “*l’obbligo di buona fede non può condurre a una modificazione del rapporto costi-profitti che caratterizza l’economia del contratto, sempre che tale modificazione non sia da mantenere invariata la stessa economia contrattuale*” (UDA, G.M., *La buona fede nell’esecuzione del contratto*, p. 398. Na tradução livre: “a obrigação de boa-fé não pode conduzir a uma modificação da relação custo-benefício que caracteriza a economia do contrato, sempre que tal modificação não seja para manter invariável a própria economia contratual”). Deste modo, a violação dos deveres acessórios deve ser analisada caso a caso, o que não significa previamente invalidar o contrato, mas o tornar equitativo e equilibrado, e, em necessário, delimitar a responsabilidade e a indenização por eventuais danos causados a uma das partes.

³¹⁰ Código de Defesa do Consumidor, artigo 30, *in verbis*: “Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação, com relação a produtos e serviços, oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado”.

³¹¹ FERNANDES NETO, G., *Direito da comunicação social*, p. 89. Neste sentido, preceitua a norma do artigo 31, do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*: “A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia,

Assim, a publicidade veiculada encerra, conseqüentemente, deveres anexos àquele que a externa, relacionados à lealdade e à veracidade das informações apresentadas, sendo por ela responsável na medida em que suscita legítimas expectativas na contraparte.

A obrigação de informação concernente aos elementos do conteúdo do contrato *“si traduce in un vincolo nella determinazione del contenuto (e, dunque, nell’identificazione degli elementi che il contratto deve necessariamente contenere) e nella definizione delle misure tese a rendere quel contenuto chiaro, inequivocabilmente intelligibile e non ingannevole”*³¹².

A assimetria informativa entre as partes comina, pois, a exigência de proteção da relação jurídica, no intuito de garantir a correta formação da vontade contratual e, uma vez concluído o pacto, evitar o desequilíbrio contratual em face do não cumprimento do dever de informar adequadamente.

4.2.3 Deveres de lealdade

O princípio da boa-fé cria entre as partes contratantes um dever de lealdade, que compreende a obrigação de comportar-se de maneira honesta, proba, em atenção à ética que deve presidir a relação contratual. As partes devem cooperar a fim de preservar, no curso das negociações, na execução do contrato ou após a sua conclusão, a confiança depositada pela contraparte, agindo de forma honesta e diligente.

As partes devem ser leais, agir de forma a preservar a confiança despertada em virtude da relação obrigacional, não apenas para satisfazer os próprios interesses, mas igualmente para preservar os interesses do outro contratante. Ambos os consortes devem pautar suas ações levando em consideração a legítima expectativa do outro, por meio de uma conduta pessoal de fidelidade, imposta pelo princípio da boa-fé objetiva.

prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores”.

³¹² MAZZAMUTO, S., *Il contratto e le tutele*, p. 151. Na tradução livre: “se traduz em um vínculo na determinação do conteúdo (e, portanto, na identificação dos elementos que o contrato deve necessariamente conter) e na definição das medidas tesas a render aquele conteúdo claro, inequivocadamente inteligível e não enganador”.

A observância aos deveres de lealdade e cooperação não se restringem, desta forma, à conduta do devedor. Também o credor está obrigado a adimplir deveres decorrentes da aplicação da boa-fé objetiva.

Esta concepção de relação jurídica obrigacional dá razão para se afirmar que os direitos não se confinam apenas a um dos pólos da relação, mas estendem-se também ao outro, com os deveres correspondentes, de modo que não mais se pode definir a relação jurídica, linearmente, como a mera soma de obrigações e direitos, uma vez que é uma totalidade, não se confundindo com os deveres principais que engloba³¹³.

Em uma visão clássica do direito contratual, poder-se-ia dizer que ao credor caberiam os créditos e os deveres não iriam além daqueles adstritos ao principal, cabendo-lhe apenas cumprir com a obrigação principal a que se vinculou.

Contudo, diante da atual noção da relação obrigacional, que compreende uma totalidade complexa que requer uma ordem de cooperação entre as partes contratantes, a boa-fé objetiva reconhece deveres outros, de colaboração mútua, voltados para a satisfação de todos os interesses envolvidos no contrato, quer do credor, quer do devedor. Assim, por exemplo, subsiste o dever do médico em guardar segredo sobre as informações fornecidas pelos seus pacientes, das tratativas à fase posterior à execução do contrato; ao devedor compete agir no sentido de manter, cuidar e conservar o bem adquirido, não havendo escusa ou transferência ao credor de riscos inerentes a deveres que são seus.

Na pendência contratual, os deveres acessórios de lealdade obrigam as partes a agirem em prol da finalidade econômico-social do contrato ajustado, bem como a se absterem de comportamentos “que possam falsear o objetivo do negócio ou desequilibrar o jogo das prestações por elas consignado”³¹⁴.

Os deveres de lealdade impõem comportamentos “tendentes à realização do objetivo do negócio, proibindo falsidades ou desequilíbrios”³¹⁵, obrigando a parte a cooperar com o consorte para obter o resultado útil do contrato celebrado

³¹³ PEZZELA, M.C.C., *O princípio da boa-fé no direito privado alemão e brasileiro*, p. 213.

³¹⁴ CORDEIRO, A.M.R.M., *Da boa-fé no direito civil*, p. 606. Logo, constata-se que os deveres acessórios de lealdade podem configurar ora uma atuação negativa, de abster-se de fazer algo, ora de uma atuação positiva, como “deveres de não concorrência, de não celebração de contratos incompatíveis com o primeiro, de sigilo face a elementos obtidos por via da pendência contratual e cuja divulgação possa prejudicar a outra parte e de actuação com vista a preservar o objectivo e a economia contratuais” (CORDEIRO, A.M.R.M., op. cit., p. 607).

³¹⁵ SILVA, A.E.S., *Cláusula geral de boa-fé nos contratos de consumo*, p. 159.

entre elas. Para tanto requer comportamentos coerentes de ambas as partes, consubstanciados no princípio da boa-fé objetiva, de forma a não desiludir ou frustrar as expectativas criadas entre si.

Vislumbra-se, exemplificativamente, a fase de execução de uma relação obrigacional onde o produto ou o serviço contratualmente previsto não seja idôneo a satisfazer as exigências do adquirente-destinatário, hipótese em que a plena satisfação contratual seria realizada por meio da entrega de um outro produto ou da prestação de um serviço diverso, que o mesmo fornecedor não teria dificuldade em promover.

A inexistência de cláusula expressa relacionada à substituição do produto ou serviço que se mostra insatisfatório colocaria em risco a utilidade econômico-social do contrato. Entretanto, o princípio da boa-fé objetiva sugere, tendo em vista o dever anexo de lealdade e o princípio da solidariedade, promover a satisfação dos interesses da outra parte pela substituição do produto ou do serviço, quando mais não acarreta ao fornecedor qualquer despesa adicional ou prejuízo. A doutrina italiana aventa, nestes casos, que a boa-fé objetiva vem a obrigar as partes a “*rinegoziare le condizioni contrattuali*”³¹⁶ que se mostrem desequilibradas ou que venham a frustrar as expectativas legitimamente geradas.

A conduta leal é amparada, portanto, pelo princípio constitucional da solidariedade social³¹⁷, também manifestada pelo dever de cooperação mútua, cabendo a cada contraparte buscar, além da satisfação de suas necessidades, a realização dos interesses do outro, quer nas tratativas, quer no decorrer da execução do negócio jurídico e no momento posterior a sua conclusão.

³¹⁶ ROPPO, V., *Il contratto*, p. 496. Na tradução livre: “renegociar as condições contratuais”. Aduz o jurista que a boa-fé objetiva obriga qualquer das partes a comportar-se – no âmbito das relações contratuais – de modo a não prejudicar a outra parte e, acima de tudo, salvaguardar o razoável interesse da contraparte, quando esta atitude não comporte, as suas expensas, nenhum grande e injusto sacrifício.

³¹⁷ Constituição Federal, artigo 3º, inciso I, *in verbis*: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I- construir uma sociedade livre, justa e solidária”. Diversamente, entende NALIN, P., *Do contrato: conceito pós-moderno*, p. 179, que a solidariedade constitucional, antes de ser um princípio, é um valor do ordenamento jurídico, pois reconhece como imperiosos deveres de solidariedade entre os contratantes à luz do princípio da boa-fé contratual. Afirmar que a solidariedade “supera a condição aparente de princípio privado de curta extensão; localiza-se anteriormente e é pressuposto do princípio da boa-fé contratual; como se disse, é verdadeiro cânone absoluto assentado na Constituição” (Ibid., loc. cit.). De modo concreto, porém, o juízo de solidariedade – quer entendido como princípio constitucional, quer entendido como valor constitucional – se relaciona com a boa-fé objetiva para nortear as relações jurídicas privadas, nelas identificando se a postura dos sujeitos amolda-se em arquétipos de lisura, lealdade, probidade e correção.

Fonte di integrazione del contratto che deve presiedere sia alla sua formazione che alla sua esecuzione e regola di comportamento alla quale devono attenersi i contraenti, la clausola generale di buona fede in senso oggettivo o correttezza è espressione di una morale sociale che impone il compimento di atti idonei a realizzare concretamente gli interessi delle parti, al di là delle specifiche previsioni contrattuali. (...) Il principio di buona fede opera sia <sul piano del comportamento del debitore e del creditore nell'ambito del singolo rapporto obbligatorio> (...) sia <sul piano del complessivo assetto di interessi sottostanti all'esecuzione di un contratto> (...), concretizzandosi <nel dovere di ciascun contraente di cooperare alla realizzazione dell'interesse della controparte e ponendosi come limite di ogni situazione attiva o passiva negozialmente attribuita>³¹⁸.

Às partes contratantes é atribuído um dever de solidariedade, que, por meio do dever anexo de lealdade contratual, exige dos sujeitos a obrigação de comportarem-se conformemente à economia do contrato, a sua função sócio-econômica, no intuito de evitar resultados inidôneos, em descompasso com a exigência de equilíbrio contratual e justiça social.

Roberto Senise Lisboa³¹⁹ ensina que “ao contrário do que sucede com a análise do caso à luz da boa-fé subjetiva em que se verifica a consciência da ilicitude do agente para responsabilizá-lo por dolo ou culpa, o dever de lealdade que advém da *boa-fé objetiva* enseja a análise da satisfação da legítima expectativa daquele que sofre os efeitos da conduta do contratante”.

Também nas relações de consumo a boa-fé objetiva irradia deveres anexos de lealdade. Diga-se, por exemplo, do direito de arrependimento outorgado aos consumidores pela normativa do artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor³²⁰, onde, nas contratações realizadas fora do estabelecimento comercial, ao consumidor é concedido o direito de arrependimento dentro de um prazo de 7 dias.

³¹⁸ SELVINI, M., *Buona fede e premilinare di compravendita...*, p. 432-433. Na tradução livre: “Fonte de integração do contrato que deve presidir quer a formação quer a execução, e regra de comportamento a qual devem ater-se os contratantes, a cláusula geral de boa-fé em senso objetivo ou *correttezza* é expressão de uma moral social que impõe o cumprimento de atos idôneos a realizar concretamente os interesses das partes, além das específicas previsões contratuais. (...) O princípio da boa-fé opera quer <sobre o plano do comportamento do devedor e do credor no âmbito da singular relação obrigacional> (...), quer <sobre o plano da total ordem de interesses inferiores à execução do contrato> (...), concretizando-se <no dever de qualquer contratante de cooperar com a realização do interesse da controparte e colocando-o como limite em cada situação ativa ou passiva negocialmente atribuída>”.

³¹⁹ Id., *Manual de direito civil*, p. 104.

³²⁰ Código de Defesa do Consumidor, artigo 49, *in verbis*: “O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio”.

Em quaisquer dos casos, a análise do cumprimento do dever acessório de lealdade e, por conseguinte, a observância do estado de confiança é uma questão factual, a ser aferida caso a caso pelo intérprete, variando consoante a natureza da obrigação, as características e o status das partes envolvidas³²¹.

Logo, os deveres de lealdade oriundos do princípio da boa-fé objetiva encerram, a ambas as partes de uma relação jurídica, a inserção de regras morais na contratação por meio de um dever de satisfação de interesses comuns e de cooperação, destinados ao equilíbrio econômico-social do contrato³²² e à proteção das legítimas expectativas despertadas na relação jurídica obrigacional.

Tratam-se de deveres voltados à salvaguarda do interesse da outra parte, por meio dos quais a solidariedade contratual impõe um adequado equilíbrio e um comportamento, por ambos os contraentes, no sentido de contribuir para a realização dos interesses contratuais e da própria economia do contrato.

4.3 Efeitos jurídicos dos deveres acessórios de conduta: a revalorização da confiança

Os deveres acessórios de conduta procuram realizar a execução fiel da relação jurídica contratual pelas partes. Visam evitar que os contratantes, ao efetivar as prestações acordadas, venham a infligir danos mútuos, de qualquer ordem; e, especialmente, têm por objetivo o resultado útil do contrato e a satisfação recíproca dos interesses depositados.

Do princípio da boa-fé entremostam-se tais deveres, ditos laterais, onde “a <lealdade> em jogo transcende o respeito ao contrato; corporiza, antes, parâmetros diversos do sistema que afloram a pretexto do contrato”³²³.

³²¹ Observa GARCIA, E.G., *Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé*, p. 201, que o magistrado não pode aventurar-se a buscar o estado de espírito da parte, o seu estado psicológico, por meio de uma análise subjetiva quanto à existência do estado de confiança. Cabe ao juiz valer-se de elementos objetivos, capazes de autorizar a conclusão de que a parte confiava na celebração do contrato, inequivocadamente.

³²² GHESTIN, J., *Etudes offertes a Jacques Ghestin: le contrat au debut du 21 siècle*, p. 341.

³²³ CORDEIRO, A.M.R.M., *Da boa-fé no direito civil*, p. 616. Importa aqui mencionar que parte da doutrina considera os deveres acessórios de conduta como originados a partir do “contato social”. Segundo POPP, C., *Responsabilidade civil pré-negocial*, p. 93, Clóvis do Couto e Silva, Judith Martins-Costa, João de Matos Antunes Varela, dentre outros renomados juristas, consideram que do contato social podem surgir situações que potencializem negócios jurídicos,

A objetivação das relações contratuais, privilegiando a lealdade, a confiança e a boa-fé entre os contratantes, faz com que o elemento vontade – enquanto interesse individual, egoístico e de caráter absoluto – perca o significado jurídico e se envolva com questões econômicas e sociais, presentes no tráfego negocial, para garantir a continuidade das relações contratuais de modo equilibrado.

A liberdade contratual e a autonomia privada, sob os auspícios do princípio da boa-fé objetiva, deixam de ser valores considerados em si mesmos, para garantir o livre desenvolvimento da pessoa humana, “dentro de uma esfera igualitária e como instrumento de asseguarção da democracia”³²⁴. Desta sorte, *“due sfere giuridiche si incontrano e da questo incontro nasce la necessità di creare un nuovo equilibrio. Nella ricerca di un tale nuovo equilibrio emerge il rischio del danno e quindi l’esigenza della protezione”*³²⁵.

A tutela da boa-fé objetiva volta-se para o alcance das vontades externadas em uma relação jurídica obrigacional. Conseqüentemente, ao exigir-se correção, honestidade, lisura, probidade, enfim, lealdade no comportamento com a outra parte, a tutela é estendida para a proteção da confiança do sujeito, quando a conduta juridicamente relevante, que lhe tenha despertado expectativa (legítima) e

quer por meio de simples tratativas, quer por meio de contratos expressos ou, ainda, por meio de condutas sociais típicas – como, por exemplo, o consentimento tácito. Tais situações advindas do contato social fazem, segundo tais autores, nascer deveres pré-contratuais, independentemente de ato volitivo, pois que lhes são atribuídos um caráter negocial, que geram um contrato em virtude de comportamentos que tem a natureza de declaração negocial. Trata-se de negócio jurídico por comportamento concludente, onde explicita FACHIN, L.E. (coord.), *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*, p. 124, que são casos em que “a vontade de concluir um contrato não é comunicada mediante uma declaração de tal gênero, mas resulta de outros comportamentos do sujeito: fala-se, a este propósito, numa manifestação tácita de vontade”. E acrescenta que “quer pela vontade não escrita, quer pelo comportamento, quer mesmo pelo silêncio, é sustentável a configuração de relação jurídico-contratual. Se assim for, a partir daí pode falar-se em quebra contratual, e, do rompimento unilateral de contrato, emerge obrigação de indenizar” (FACHIN, L. E. (coord.), op. cit., p. 126). Sendo assim, a nova perspectiva sobre a origem dos deveres acessórios repousa sob a idéia de “contato social”, onde “*il riferimento espresso ai <contatti sociali>, come possibile fonte di obbligazione assimilabile al contratto, è segno di piena consapevolezza da parte del legislatore delle moderne tendenze del diritto delle obbligazioni, in particolare del consolidarsi della teoria della responsabilità del contatto sociale, di cui vivacemente si discute nella dottrina e nella giurisprudenza italiana*” (MEMMO, D., *Il nuovo modello tedesco della responsabilità...*, p. 802. Na tradução livre: “a referência expressa aos <contatos sociais>, como possível fonte de obrigações assemelhadas ao contrato, é sinal de plena consciência por parte do legislador das modernas tendências do direito das obrigações, em particular da consolidação da teoria da responsabilidade do contato social, a qual vivamente se discute na doutrina e na jurisprudência italianas”).

³²⁴ POPP, C., *Responsabilidade civil pré-negocial*, p. 95.

³²⁵ DEL PRATO, E., *Violazioni del contratto*, p. 83. Na tradução livre: “duas esferas jurídicas se encontram e deste encontro nasce a necessidade de criar um novo equilíbrio. Na procura por este novo equilíbrio emerge o risco de dano e, portanto, a exigência de proteção”.

lhe conduzido à celebração do negócio, seja capaz de lhe produzir danos, quer na sua esfera jurídica pessoal, quer na sua esfera jurídica patrimonial.

Desta sorte, os deveres acessórios de conduta, originados a partir do princípio da boa-fé objetiva, requerem de ambos os contratantes – credor e devedor, fornecedor e consumidor, empregador e empregado – o dever recíproco de cooperação³²⁶ para o adimplemento do contrato e a satisfação do seu resultado útil e das legítimas expectativas geradas em ambos os consortes.

As partes são responsáveis³²⁷, em todas as fases da contratação, pela observância da boa-fé objetiva e de seus preceitos, pelo respeito aos deveres laterais da obrigação, a fim de evitar causar à contraparte dano, seja de natureza patrimonial ou moral.

O comportamento das partes, em uma relação jurídica obrigacional, cria, reciprocamente, uma legítima confiança, isto é, desperta em ambos os contratantes expectativas lícitas. O fato de a relação obrigacional não ser uma composição fechada de direitos e deveres, mas de uma totalidade concreta e complexa, desperta esta consciência de que, baseado no princípio da boa-fé objetiva, as partes não apenas são responsáveis pela realização das prestações a que se obrigam, mas também pelos deveres instrumentais, laterais à conduta por elas devida.

Os deveres acessórios de conduta compõem a relação obrigacional não como frutos da declaração negocial ou da própria autonomia da vontade, mas têm por fonte a boa-fé objetiva e por meio dela gozam da mesma tutela e da mesma proteção jurídica. Assim como a boa-fé, os deveres acessórios atuam como

³²⁶ Conforme exposto anteriormente, o princípio da boa-fé objetiva encerra um dever recíproco de colaboração, de cooperação, de solidariedade entre ambas as partes contratantes, não mais cabendo a visão clássica de que apenas o devedor tem deveres para com o credor. Os deveres acessórios, por exemplo, derivados da boa-fé objetiva, demonstram que tanto credor, quanto devedor, são responsáveis pela obtenção do resultado útil da obrigação contratada, e, por conseguinte, são responsáveis pela satisfação das legítimas expectativas e dos interesses da outra parte. Sob a questão, assinala NALIN, P., *Do contrato: conceito pós-moderno*, p. 191, que “a idéia ora exercitada, escapa àquela clássica do devedor obrigado ao adimplemento e o credor – somente ele – autorizado a pretender o cumprimento da obrigação, sem que, todavia, se perceba que se trata de preocupação original. Já na década de quarenta, sustentava BETTI que a exigência da cooperação entre os contratantes era a chave, por meio da qual deveria o jurista compreender o instituto das obrigações, considerando-o nos termos de sua função sócio-econômica”.

³²⁷ Afirma POPP, C., *Responsabilidade civil pré-contratual*, p. 107, que “o sistema de Direito Privado constrói-se sobre dois pilares fundamentais: a liberdade e a responsabilidade, aquela representada pela autonomia privada e esta pela boa-fé”. A boa-fé objetiva reporta, assim, à exigência de valoração da conduta das partes como honesta, leal e correta, onde todas as partes são chamadas a guardar a utilidade e a função social da relação contratual, de modo a não frustrar ou abusar da confiança legitimamente despertada e sob a qual se constroem as relações humanas.

elementos de “identificação da função econômico-social efetivamente perseguida pelo contrato”³²⁸, buscando manter equilibrada a relação contratual e contribuir para a concretização dos interesses de ambas as partes contratantes. Conseqüentemente, estão em jogo os interesses e as expectativas legitimamente despertadas nas contrapartes, igualmente merecedoras da tutela jurídica.

Assim sendo, não se dirigem os deveres acessórios ao cumprimento da obrigação principal delimitada na relação jurídica contratual, mas à realização do fim contratual e da proteção da outra parte, dos seus interesses e da sua esfera jurídica pessoal e patrimonial, dada a relação de confiança fundamentada pelo próprio contrato.

O princípio da boa-fé objetiva vincula as partes a salvaguardar o próprio acordo mediante condutas éticas, arraigadas na correção, na lealdade, na solidariedade, na honestidade; as partes têm, pois, o dever recíproco de garantir o cumprimento da relação jurídica e do seu escopo econômico-social, e da proteção da contraparte contra os riscos de danos concomitantes.

A boa-fé deve revestir a conduta: é para esse postulado ético que o professor Inocêncio GALVÃO TELLES chama a atenção: “Tanto negociações propriamente ditas, ou preliminares do contrato, como na formação deste devem os interessados proceder segundo as regras da boa-fé; aquele que faltar a essas regras é responsável pelos danos que culposamente causar ao outro”.

De ilação, através da responsabilidade, escreve ainda Mário Júlio de ALMEIDA COSTA, em outra obra, “tutela-se diretamente a fundada confiança de cada uma das partes em que a outra conduza as negociações segundo a boa-fé; e, por conseguinte, as expectativas legítimas que a mesma lhe crie, não só quanto à validade e eficácia do negócio, mas também quanto à sua futura celebração”³²⁹.

A confiança legítima é necessária nos relacionamentos sinalagmáticos, pois que, do contrário, não seria possível a vida social dentro de um padrão médio de honestidade e moralidade, pois que “a todos incumbe a obrigação de não iludir os outros, de sorte que, se por sua atividade ou inatividade violarem esta obrigação, deverão suportar as conseqüências de sua atitude”³³⁰.

A proteção da confiança envolve o vínculo contratual por meio de normas cogentes, voltadas a assegurar o equilíbrio dos contratantes, valendo-se da proibição de cláusulas abusivas e da adoção de novos paradigmas interpretativos,

³²⁸ MARTINS-COSTA, J., *A boa-fé no direito privado*, p. 418.

³²⁹ FACHIN, L.E.(coord.), *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*, p. 134.

³³⁰ *Ibid.*, p. 436.

além de procurar garantir a adequação do produto ou serviço – objeto do contrato, e de prevenir riscos e reparar prejuízos³³¹.

A responsabilidade pela confiança gerada pela boa-fé objetiva, consubstanciada nos valores éticos introduzidos no seio das relações jurídicas intersubjetivas pelos princípios constitucionais da solidariedade e da dignidade da pessoa humana, permite repensar a relação jurídica, situando-a em torno da pessoa e a (re)valorizando como centro das preocupações do ordenamento civil.

A conduta ética das relações obrigacionais exigida pelo princípio da boa-fé objetiva e, em especial, promovida por meio do respeito aos deveres acessórios de conduta, presentes em todos os momentos contratuais, inclusive naqueles posteriores à própria conclusão do vínculo contratual, pressupõe o caráter solidário que deve revestir as relações jurídicas e se destina a proporcionar a satisfação dos legítimos interesses sociais.

Exige-se de ambos os contratantes uma postura de solidariedade. Devem cuidar as partes para não frustrar as expectativas legitimamente criadas junto ao outro contratante, sob pena de violação da lealdade contratual, e, por derradeiro, do próprio princípio da boa-fé objetiva.

O princípio da boa-fé busca garantir a conciliação entre justiça e segurança, entre justiça e eficiência de mercado. Para tanto, imprescindível considerar que a relação obrigacional é dinâmica e complexa, dotada de deveres outros, além da obrigação principal; deveres acessórios, que objetivamente voltam sua atenção para a tutela efetiva dos valores fundamentais e das legítimas expectativas despertadas nos sujeitos da relação jurídica.

³³¹ MATTIETO, L.A., *O papel da vontade nas situações jurídicas patrimoniais...*, p. 35.

5.

A tutela da confiança na contratação contemporânea

5.1 Violação dos deveres acessórios de conduta: implicações no direito contratual

Na sociedade contemporânea, dado o “declínio do voluntarismo”³³² e a contratação em massa, discute-se, na doutrina e na jurisprudência, a existência de uma fonte das obrigações que não a lei ou a autonomia privada.

Tem-se considerado a possibilidade de a relação jurídica obrigacional ser criada a partir de atos existenciais, também denominados comportamentos sociais típicos³³³. Tais condutas referem-se ao suprimento de necessidades básicas dos indivíduos em sociedade, independentes do elemento volitivo, tendo em vista a objetiva incidência de fatores sociais típicos da sociedade contemporânea.

Uma das características da sociedade contemporânea é a massificação das relações jurídicas. Embora não unânime³³⁴, a doutrina em comento alude à criação de vínculos obrigacionais oriundos de condutas socialmente típicas, independentemente de declarações de vontade ou da lei, mas a partir do princípio da boa-fé objetiva e dos costumes do tráfego negocial. Isto porque a utilização de

³³² Expressão utilizada por MARTINS-COSTA, J., *A boa-fé no direito privado*, p. 397.

³³³ A idéia de “atos existenciais” foi trazida por Clóvis do Couto e Silva, a partir da *fattispecie Vertragsverhältnisse*, da doutrina alemã, que vem a significar “relações contratuais fáticas”. Já Karl Larenz referia-se à questão como “comportamentos sociais típicos”, referindo-se, como leciona MARTINS-COSTA, J., op. cit., p. 398, a práticas continuadas peculiares à sociedade, por ela tipificadas. Tais práticas compreenderiam atos absolutamente necessários à vida humana, onde não seria possível cogitar da vontade para a prática de determinados atos destinados a atender as exigências básicas da vida em sociedade, tais como alimentação e transporte. Por meio destes atos, a relação jurídica obrigacional está consubstanciada em fatores alheios à vontade ou ao acordo de vontades, relativos à objetiva satisfação das necessidades, em face “da objetivação produzida pela incidência de fatores sociais típicos da sociedade contemporânea” (MARTINS-COSTA, op.cit., loc. cit.).

³³⁴ A doutrina mais conservadora não coaduna com a idéia de, a partir de condutas socialmente típicas, criarem-se novos deveres aos sujeitos envolvidos em uma certa relação jurídica; defende que, nos comportamentos sociais típicos, configura-se a vontade, pois se verificam elementos próprios de uma declaração de vontade, compreendendo típicos negócios jurídicos, tão somente peculiarizados pela preocupação com a tutela da confiança (MARTINS-COSTA, J., op. cit., p. 399).

bens e serviços massificados ocasionar, por vezes, “comportamentos que, pelo seu significado social típico, produzem as consequências jurídicas de uma caracterizada atuação negociatória, mas dela se distinguem”³³⁵.

Exemplos corriqueiros traduzem esta preocupação acerca da criação de relações jurídicas a partir de comportamentos sociais típicos. A compra de passagem em transporte coletivo ou de um ingresso para o cinema representam contratos de transporte e de prestação de serviços; são atos-fato³³⁶, segundo a doutrina inovadora, que produzem efeitos negociais típicos e geram um vínculo obrigacional.

As condutas socialmente típicas representam, nesta visão, a categoria do “contato social”, destinada a regular a responsabilidade civil nas relações jurídicas

³³⁵ MARTINS-COSTA, J., *A boa-fé no direito privado*, p. 399.

³³⁶ A subcategoria dos *atos-fatos* é obra de MIRANDA, P., *Tratado de direito privado*, tomo I, p. 82, no que concerne à classificação dos fatos jurídicos. Entende o renomado jurista que o fato torna-se jurídico quando sobre ele ou sobre o conjunto de fatos incidiu uma regra jurídica. Dentre os suportes fáticos que logram entrar no mundo jurídico, Pontes de Miranda faz referência aos atos-fatos jurídicos, como sendo aqueles atos não queridos pelo agente, mas sobre os quais a regra jurídica incide, tornando-o jurídico e produtor de eficácia jurídica. “A vontade não é causa deles; a regra jurídica incide sobre eles, *sem ver neles declarações ou manifestações de vontade*: são atos-fatos, atos a que se dá a entrada no mundo jurídico como fatos jurídicos, e não como atos jurídicos” (MIRANDA, P., op. cit., loc. cit.). Compreendem, pois, atos humanos em que não houve vontade ou que a vontade não tem relevância, aptos a servirem de suporte (fático) de regras jurídicas. No conceito de ato-fato jurídico, conforme assevera MELLO, M.B., *Teoria do fato jurídico*, p. 106, estão incluídos os atos reais, os casos de caducidade sem culpa e os casos de indenizabilidade sem culpa. Os atos reais são os atos humanos dos quais resultam circunstâncias fáticas, normalmente, irremovíveis, como v.g. na produção de uma obra artística ou literária onde não se tem a vontade de praticar o ato, mas o resultado é relevante para o direito. Já os casos de caducidade sem culpa dizem respeito àqueles fatos que têm por efeito a extinção de um certo direito, e, conseqüentemente, da pretensão, da ação e da exceção a ele relativos, independentemente de verificação de culpa do seu titular. Toma-se como exemplo a caducidade das ações redibitórias ou de anulação de casamento, quando, independentemente de ato volitivo, o titular do direito se põe inerte, aliado ao transcurso de um determinado período de tempo. Por fim, os atos-fatos que apresentam maior importância para o presente estudo são os atos-fatos decorrentes de casos de indenizabilidade sem culpa. Estes configuram situações em que de um ato lícito, isto é, não contrário ao direito, decorre prejuízo a terceiro, gerando o dever de indenizar. Neste caso, não cabe falar em ilicitude, mas em “casos em que o ato praticado no exercício regular de um direito, ou em estado de necessidade, quando causa dano a patrimônio de terceiros, gera o dever de indenizar, independentemente de ilicitude” (MELLO, M.B., op. cit., p. 107). Segundo a ordem jurídica, os danos devem ser indenizados, independentemente de decorrerem de atos ilícitos. Transportando-se esta subcategoria para o direito das obrigações e, em especial, no contexto da incidência do princípio da boa-fé objetiva e dos deveres laterais dele decorrentes, por vezes a sociedade se depara com atos-fatos jurídicos, onde, independentemente de um ato volitivo relevante, há um suporte fático sobre o qual incide uma norma jurídica e que passa a produzir efeitos jurídicos, como é o caso da compra da passagem em transporte coletivo, onde a vontade não é tomada como relevante pelo Direito, mas sim o resultado produzido e os efeitos jurídicos que dele decorrerem. Ver, neste sentido, as observações de MARTINS-COSTA, J., op. cit., p. 400.

contratuais por danos à boa-fé objetiva, uma vez que a sua amplitude aloca todos os fatos jurídicos³³⁷, lícitos e ilícitos.

Esta noção de contato social, cunhada pela incidência do princípio da boa-fé, quer como limitador do exercício de direitos subjetivos, quer como criador de deveres jurídicos que integram a relação obrigacional, considera a relação jurídica uma totalidade complexa, composta por deveres principais de prestação – originados da lei ou da vontade das partes – e por deveres instrumentais, acessórios à conduta principal.

A incidência da boa-fé objetiva nas relações jurídicas privadas enseja, deste modo, dentre as suas funções³³⁸, a criação de deveres jurídicos outros, laterais à obrigação principal contratada, pautados na lealdade, na honestidade e na correção que devem revestir as condutas humanas em sociedade, e nivelados em intensidades diversas conforme o grau de contato social inerente à relação jurídica concreta.

O caráter instrumental dos deveres acessórios de conduta permite distingui-los dos deveres – obrigações – principais, concretizados tão somente com a formação do contrato. Os deveres anexos abarcam obrigações de cooperação, de não-contradição, de lealdade, de sigilo, de correção, de informação

³³⁷ Denominam-se “fatos jurídicos” todos os atos humanos ou acontecimentos naturais juridicamente relevantes, na medida em que produzem efeitos jurídicos. Existem fatos sociais ou naturais que não são recobertos desta “juridicidade” pois que são indiferentes para o Direito ao serem desprovidos de efeitos jurídicos, razão pela qual “nem todos os factos reais ou sociais são, portanto, factos jurídicos” (PINTO, C.A.M., *Teoria geral do direito civil*, p. 355). Leciona CORDEIRO, A.M.R.M., *Tratado de Direito Civil português*, p. 443, que “o facto jurídico é, normalmente, definido como um evento ao qual o Direito associe determinados efeitos. Numa técnica normativa linear, poder-se-ia dizer que o facto jurídico se apresenta como a realidade apta a, integrando uma previsão normativa, desencadear a sua estatuição”. Também MIRANDA, P., *Tratado de direito privado*, tomo I, p. 77, define fato jurídico afirmando ser o fato “que entra no mundo jurídico, como relevante. Noutros termos, que houve suporte fáctico suficiente para que a regra jurídica incidisse”. Em breve análise, os fatos jurídicos podem ser classificados em voluntários ou involuntários, quer, respectivamente, resultem ou não da vontade como elemento juridicamente relevante. Quanto aos primeiros, os fatos jurídicos voluntários podem, ainda, ser lícitos ou ilícitos, caso sejam – respectivamente – conformes à ordem pública ou contrários a ela. Neste íterim, os negócios jurídicos são apontados como fatos jurídicos voluntários, cujo elemento essencial abriga declarações de vontade que o ordenamento atribui efeitos jurídicos. Segundo PEREIRA, C.M.S., *Instituições de direito civil*, p. 303, diferenciam-se os negócios jurídicos dos atos jurídicos *stricto sensu*, uma vez que os primeiros são declarações de vontade destinadas à produção de efeitos jurídicos queridos pelo agente, ao passo que os segundos “são manifestações de vontade, obedientes à lei, porém geradoras de efeitos que nascem da própria lei”.

³³⁸ Consoante asseverado ao longo do presente estudo, a boa-fé objetiva, além de criar deveres acessórios de conduta, anexos à prestação principal da relação jurídica obrigacional, haja vista a imposição de condutas conforme padrões éticos de honestidade, correção e lealdade, também limita o exercício de direitos subjetivos, a fim de evitar o exercício abusivo por uma das partes contratantes sobre a outra, e atua como fator interpretativo das relações jurídicas privadas, permitindo ao juiz integrar e interpretar as relações obrigacionais segundo parâmetros éticos.

e de esclarecimento, que em algumas hipóteses se realizam previamente à formação do vínculo negocial. São deveres que decorrem da boa-fé objetiva “como mandamento de atenção à legítima confiança despertada no futuro contratante e de tutela de seus interesses”³³⁹.

O vínculo obrigacional estabelecido entre os sujeitos não representa uma relação de subordinação entre eles, mas uma relação de cooperação, por estarem reciprocamente obrigados a deveres de esclarecimento, de proteção, de lealdade. O princípio da boa-fé objetiva traduz, neste dever mútuo de cooperação, um dever negativo de não obstaculizar o cumprimento da prestação e um dever positivo de colaborar para o seu adimplemento³⁴⁰.

A proteção da confiança e a concepção dinâmica da obrigação no direito privado levou-se com que se considerasse a categoria do contato social, mais geral, como forma de vinculação. O contato social confere uma nova visão do vínculo obrigacional a partir do ponto de vista sociológico, responsabilizando o agente não por força do negócio jurídico, mas por participação no meio jurídico negocial³⁴¹.

A finalidade objetiva do contrato justifica a incidência do princípio da boa-fé objetiva por meio dos deveres acessórios de conduta, aferidos antes mesmo de formado o negócio jurídico, durante a sua execução ou, inclusive, após finda a relação contratual.

Por conseguinte, às partes é imposta a responsabilidade pela quebra desses deveres anexos, fazendo surgir, na esfera jurídica daquele que os ferir, uma obrigação de indenizar³⁴². E este reconhecimento da responsabilidade das partes

³³⁹ PEIXOTO, E.L., *O princípio da boa-fé no direito civil brasileiro*, p. 154.

³⁴⁰ A relação de cooperação entre os sujeitos de uma relação jurídica obrigacional se justifica, consoante leciona NALIN, P., *Do contrato: conceito pós-moderno*, p. 198, pelo interesse superior da coletividade, advindo da funcionalização do instituto contratual e da respectiva mitigação do princípio da relatividade do contrato, “passando uma simples relação contratual a despertar o interesse daqueles que por ela não são diretamente atingidos”. Este dever de cooperação que deve reger os comportamentos das partes contratantes deriva do princípio da boa-fé objetiva e determina uma consideração para com o *alter*, isto é, para com o outro. Tal significa que as partes devem abandonar comportamentos egoístas, fundados exclusivamente em interesses próprios, e, ao revés, devem se preocupar em satisfazer os interesses da contraparte e de tutelar a confiança que surge na relação obrigacional. A idéia de cooperação, enfim, de colaboração, alude a deveres acessórios de conduta voltados para a viabilização dos fins econômicos a que o contrato se destina, levando-se em conta os interesses e as aspirações do outro contratante.

³⁴¹ JACQUES, D.C., *A proteção da confiança no direito do consumidor*, p. 110.

³⁴² Consoante SILVA, C.C., *A obrigação como processo*, p. 35, importante esclarecer, desde logo, que “nem todo adimplemento que não satisfaça integralmente à outra parte, redunde em lesão ao princípio, pois a infringência há de se relacionar sempre com a lealdade de tratamento e o respeito à esfera jurídica de outrem”. Convém, ademais, ressaltar que o adimplemento ou não dos deveres

pela violação dos deveres acessórios da conduta contratual repousa sobre todas as fases da relação jurídica intersubjetiva, a saber, nas fases pré-contratual, contratual e pós-contratual.

Isto porque “a ligação entre a boa-fé e a compreensão da relação obrigacional como um processo dinâmico possibilita a reconstrução dogmática de institutos jurídicos, por forma a adequá-los às necessidades sociais”³⁴³.

Nestes termos³⁴⁴, a responsabilidade civil pré-contratual³⁴⁵ teve suas primeiras linhas traçadas por Rudolf von Ihering, em 1861, diante do problema da nulidade dos contratos por divergência insanável entre a vontade real e a vontade declarada, advindas da fase das negociações (ou tratativas), ao questionar “se o contraente deve ou não responder pelos danos culposamente causados à contraparte pela celebração de um contrato que vem a ser declarado nulo”³⁴⁶.

De acordo com o jurista alemão, na fase inicial das negociações já existiria um vínculo entre as partes que deveria ser tratado como se contratual fosse, “para

acessórios de conduta é verificável apenas *in concreto*, pois que somente diante do caso concreto é que se poderá examinar o fato sobre o qual incide o princípio da boa-fé, para, então, induzir o seu significado.

³⁴³ MARTINS-COSTA, J., *A boa-fé no direito privado*, p. 473. Completa TREVISAN, M.A., *Responsabilidade civil pós-contratual*, p. 201, que a obrigação, enquanto complexo orgânico, ou melhor, totalidade formada por um sistema de processos, “transcende a mera individualidade de cada um de seus elementos (direitos, obrigações, deveres, etc.), integrando-os num todo, e é um processo porque esse todo, essa unidade, se sujeita a todas as vicissitudes que se lhe apresentam para atingir, efetivamente, o adimplemento”. Por tal razão, a complexidade inerente à relação obrigacional lhe dirige a uma realização positiva de um fim, de uma finalidade, e a série de deveres que lhe compõe – principais, secundários, acessórios de conduta – está ligada ao desenvolvimento da relação jurídica contratual como um todo.

³⁴⁴ Cabe, neste ponto, esclarecer que as espécies de responsabilidade relacionadas com o efetivo respeito e cumprimento aos deveres acessórios de conduta serão analisadas no presente estudo apenas em linhas gerais, no intuito de salientar a importância do tema e situar o leitor no contexto em que se desenvolve a idéia de tutela da confiança no direito contratual contemporâneo. Não se pretende, portanto, esgotar o assunto, tão pouco adentrar profundamente nas questões e nas peculiaridades que repousam sobre as espécies de responsabilidade civil em comento.

³⁴⁵ De início cabe salientar que a responsabilidade pré-contratual não se confunde com a responsabilidade em sede de pré-contratos ou contratos preliminares. Neste campo, conforme leciona MARTINS-COSTA, J., *op. cit.*, p. 480, o inadimplemento de contrato preliminar encerra a responsabilidade contratual por descumprimento de obrigação de fazer, resolvendo-se a questão nos lindes da culpa contratual. No que tange à responsabilidade pré-contratual, a doutrina diverge quanto à natureza do regime aplicável na indenização por danos provenientes da quebra de deveres de conduta em fase das tratativas, isto é, antes de formado o vínculo obrigacional. As opiniões não se coadunam: há quem entenda tratar-se de responsabilidade aquiliana (ou extracontratual) e quem defenda a idéia de responsabilidade contratual, visto que os deveres de conduta derivam do princípio da boa-fé, incidente em todas as fases das relações jurídicas obrigacionais. A doutrina faz menção, ainda, a uma terceira via, entendendo tratar-se de responsabilidade especificamente pré-negocial, que não se confunde com os regimes acima assinalados. As diferentes correntes de pensamento serão tratadas, em linhas gerais, no decorrer do presente estudo.

³⁴⁶ VARELA, J.M.A., *Das obrigações em geral*, p. 271. Ou ainda, segundo MARTINS-COSTA, J., *op. cit.*, p. 487, “se um sujeito deu causa à nulidade de um contrato, deve ou não ressarcir o dano que a outra parte sofreu por haver confiado na validade do mesmo?”.

que os futuros contratantes agissem de forma diligente, cuidadosa, para evitar prejuízos”³⁴⁷. Surgia a tese da responsabilidade fundada na *culpa in contrahendo*³⁴⁸.

A doutrina de Ihering procurava explicar “que mesmo um contrato nulo poderia produzir alguns efeitos em decorrência do interesse contratual negativo, embora não tenha lhe dado uma fundamentação jurídica clara e unitária”³⁴⁹.

No direito brasileiro, Pontes de Miranda³⁵⁰ alude à necessidade de tutela da confiança em face dos usos do tráfego jurídico, e, ainda que não mencione expressamente a boa-fé objetiva como fonte dos deveres pré-contratuais, afirma que “todos os homens têm de portar-se com honestidade e lealdade, conforme os usos do tráfego, pois daí resultam *relações jurídicas de confiança*, e não só *relações morais*”³⁵¹. Entende o jurista que a relação contratual exige, quando um sujeito se dirige a outro, que todas as partes conheçam o que se vai dar e o que se vai receber, pois que no trato negocial é captada a confiança indispensável às negociações preliminares e à conclusão do contrato. Daí porque entende a *culpa in*

³⁴⁷ DONNINI, R.F., *Responsabilidade pós-contratual...*, p. 47.

³⁴⁸ A expressão *culpa in contrahendo* vem abarcar hipóteses de responsabilidade civil em razão de fatos lesivos culposos havidos na fase inicial das negociações. Aparada pelo §242 do BGB, a doutrina da *culpa in contrahendo* tem por base um dever de lealdade nas relações jurídicas. Descartou Ihering a natureza extracontratual da responsabilidade por *culpa in contrahendo* pelo fato de que a espécie de dano causado advém de relações jurídico-sociais qualificadas pela vontade. A *culpa in contrahendo* é de natureza contratual, segundo Ihering, na medida em que a culpa é objetiva, isto é, resultante da quebra de um dever concreto e específico, e não de um dever genérico de não lesar alguém. Diverso é, porém, o entendimento exposto pelo direito italiano e pelo direito francês, por meio dos quais a responsabilidade pré-contratual é uma categoria de responsabilidade extracontratual (aquiliana) visto que tem por fundamento a violação de um dever de conduta em momento anterior à formação do contrato. Fato é que a construção operada por Ihering introduz no universo jurídico a idéia de um dever de diligência em sede de negociações anteriores à formação do vínculo contratual, motivado na confiança que deve nortear o tráfego negocial. Já a designação “responsabilidade pré-contratual”, pelo desenvolvimento da doutrina e da jurisprudência em torno da teoria da *culpa in contrahendo* de Ihering, abrange, além dos casos relativos a fatos culposos, os casos de dolo, de responsabilidade objetiva e, em face do princípio da boa-fé objetiva, de violação de deveres acessórios de conduta, deveres estes decorrentes do princípio da boa-fé objetiva, que possuem como mandamento o respeito à legítima confiança despertada no futuro contratante. Neste sentido, vide DEL PRATO, E., *Violazioni del contratto...*, p. 173.

³⁴⁹ JACQUES, D.C., *A proteção da confiança no direito do consumidor*, p. 107.

³⁵⁰ Id., *Tratado de direito privado*, tomo XXXVIII, p. 321. Segundo o jurista, os usos do tráfego representam o elemento do suporte fático do negócio jurídico, não se confundindo com as regras jurídicas porque são simplesmente usos. São “meras práticas gerais, limitadas a certos lugares, ou a certas profissões” (MIRANDA, P., op. cit., p. 83).

³⁵¹ Ademais, MIRANDA, P., *Tratado de Direito Privado*, tomo IV, p. 128, aduz, embora sem mencionar a existência de deveres acessórios de conduta originados a partir do princípio da boa-fé objetiva, que o dever de indenizar, em virtude da quebra de deveres pré-contratuais, resulta de um fato lícito e independe da aferição de culpa do manifestante da vontade. Segundo o jurista, trata-se de uma responsabilidade pela violação da confiança que deve existir no trato negocial, onde quem confiou na manifestação de vontade de outrem e se viu frustrado em relação às expectativas despertadas tem direito ao ressarcimento dos danos e prejuízos que tenha sofrido.

contrahendo como sendo “toda a infração do dever de atenção que se há de esperar de quem vai concluir contrato, ou de quem levou alguém a concluí-lo”³⁵² e a sua violação reside nos deveres inerentes aos usos do tráfego.

A partir destes estudos fundamentais, a doutrina e a jurisprudência desenvolveram e consolidaram a tese da responsabilidade civil pré-contratual³⁵³, segundo a qual o simples início das negociações, isto é, as simples tratativas, em razão do princípio da boa-fé, criam entre as partes deveres de esclarecimento, de proteção e de lealdade, dignos de tutela jurídica.

A responsabilidade das partes por danos advindos da fase pré-contratual da relação jurídica não está circunscrita aos danos culposamente causados à contraparte pela invalidade do negócio. Abrange também os danos provenientes da violação dos deveres acessórios de conduta – de esclarecimento, de proteção, de lealdade –, de modo a tutelar diretamente a fundada confiança de cada uma das partes em que a outra conduza as negociações de acordo com a boa-fé.

A doutrina não é unânime acerca da natureza da responsabilidade pré-contratual; a qualifica como responsabilidade contratual ou como responsabilidade aquiliana³⁵⁴. Para a discussão, importante considerar que

³⁵² MARTINS-COSTA, J., *A boa-fé no direito privado*, p. 508.

³⁵³ Segundo MARTINS-COSTA, J., op. cit., loc. cit., a Clóvis do Couto e Silva se atribui a explícita vinculação entre a responsabilidade civil pré-contratual e a boa-fé objetiva, partindo da doutrina do contato social. Sob esta perspectiva, a jurista aduz que a responsabilidade pré-contratual diz respeito à violação dos deveres acessórios de conduta, resultantes do imperativo de que as partes, em uma relação jurídica, devem se pautar por padrões de boa-fé e lealdade.

³⁵⁴ No presente estudo não há a pretensão de esgotar o assunto. A discussão em torno da natureza jurídica da responsabilidade pré-negocial é ampla e abarca várias concepções diversas. Propõe-se, aqui, fazer uma breve menção à existência de correntes de pensamento favoráveis à natureza contratual da responsabilidade pré-contratual, bem como correntes favoráveis à natureza aquiliana deste instituto jurídico. Em ambas as hipóteses de responsabilidade civil pressupõe-se a lesão de um interesse juridicamente relevante e se traduz na obrigação de indenizar os danos dali provenientes. Alude o Código Civil de 2002 acerca de ambas as espécies de responsabilidade – contratual e extracontratual ou aquiliana – respectivamente nos artigos 389 e 927, *in verbis*: “Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices regularmente estabelecidos, e honorários de advogado” e “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. A nota distintiva entre os dois tipos de responsabilidade, dentre outros elementos, reside fundamentalmente no dever jurídico violado: enquanto na responsabilidade contratual o dever de conduta violado pela parte diz respeito ao próprio dever contratual, em face de uma prévia relação jurídica entre as partes, na responsabilidade extracontratual ou aquiliana o dever de conduta violado não se encontra fundado em um contrato, mas decorre do princípio geral de não causar dano a outrem. Em um aporte no direito italiano, COSTAGLIOLA, A., *Compendio di istituzioni di diritto privato*, p. 342, esclarece que na responsabilidade contratual, no caso de ser violado um dever específico, o Código Civil Italiano em seu artigo 1.218 prescreve que “*se il debitore non esegua esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno. Si ha, invece, responsabilità extracontrattuale o aquiliana nel caso di violazione del dovere genérico del neminem laedere, cioè del dovere di non ledere l'altrui sfera giuridica*” (Na tradução livre: “se o devedor não cumprir exatamente a prestação devida é responsável pelo ressarcimento do dano. Há, ao invés, responsabilidade

determinadas condutas havidas nas negociações podem não configurar atos ilícitos ou comportamentos que possam ser adaptados ao conceito genérico de culpa aquiliana. Na fase pré-negocial estão presentes deveres de conduta, advindos da boa-fé objetiva, que encerram o dever de as partes agirem com lealdade, com honestidade, na relação obrigacional, de modo a preservar a confiança despertada junto ao outro contratante³⁵⁵.

Parte da doutrina atribui à responsabilidade pré-contratual o regime da responsabilidade aquiliana (ou extracontratual)³⁵⁶. Argüiu-se que a responsabilidade advém da violação de um dever de comportamento por meio de um erro de conduta. Neste ínterim, a boa-fé objetiva e os deveres acessórios de conduta “desempenham o importante papel de determinar qual o dever de conduta exigido no caso concreto”³⁵⁷ e “se o proceder da parte não corresponde a este dever de agir pode ser reconhecida a culpa, viabilizando o surgimento da obrigação de indenizar”³⁵⁸. Assinala-se identificar um comportamento ilícito na fase das tratativas, a partir de um padrão de conduta esperado consoante determina o princípio da boa-fé, porém baseado na regra geral de não prejudicar outrem, para o quê subsiste o dever pré-contratual de indenizar.

Opinião diversa possui Pontes de Miranda³⁵⁹. De acordo com o jurista, na fase das negociações, enquanto não haja a aceitação, não há que se falar em obrigação em sentido estrito, mas apenas em vínculo jurídico, motivo pelo qual não se poderia atribuir à responsabilidade pré-contratual a natureza contratual, tampouco a aquiliana, derivada de um ato ilícito, entendendo que a fonte do dever de reparação do dano causado em sede de tratativas repousa sob a própria relação jurídica, sob a quebra de um dever inerente aos usos do tráfego negocial.

extracontratual ou aquiliana no caso de violação do dever genérico de *neminem laedere*, isto é, do dever de não causar dano à esfera jurídica de outrem”). Destarte, há quem mencione a possibilidade de a natureza da responsabilidade pré-contratual repousar em uma terceira via ou um terceiro gênero, como expõe AZEVEDO, A.J., *Responsabilidade pré-contratual...*, p. 24, onde a responsabilidade pré-contratual não seria reportada à natureza contratual ou à natureza extracontratual, mas representaria uma modalidade própria, ou seja, responsabilidade pré-contratual propriamente dita.

³⁵⁵ VARELA, J.M.A., *Das obrigações em geral*, p. 273.

³⁵⁶ Neste sentido o faz PEREIRA, C.M.S., *Responsabilidade civil*, p. 73. Vide também VENOSA, S.S., *Direito Civil – teoria das obrigações e...*, p. 479 e GARCIA, E.C., *Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé*, p. 269.

³⁵⁷ GARCIA, E.C., *Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé*, p. 271.

³⁵⁸ Ibid., loc. cit.

³⁵⁹ Id., *Tratado de direito privado*, tomo II, p. 490.

Doutrina de renome, como a de João de Matos Antunes Varela³⁶⁰, entende que apesar de não haver vínculo contratual entre os sujeitos que iniciam negociações com vistas à realização do negócio jurídico, tal relação possui uma estreita proximidade com a relação contratual em si, do que da relação entre o titular do direito absoluto e o autor do ato ilícito contra ele praticado. Desta sorte, sublinha a natureza contratual da responsabilidade civil pré-contratual, onde a questão não se resolve em meras perdas e danos, mas com a imposição de um dever de prestar.

Em igual sentido, Antônio Junqueira de Azevedo³⁶¹ preleciona que a responsabilidade civil pré-contratual, muito embora provenha de um ato ilícito, resulta da quebra de um dever específico de boa-fé, razão pela qual defende a natureza contratual e não aquiliana da responsabilidade pré-contratual.

Disciplina Cláudia Lima Marques³⁶², acerca do descumprimento de um dever acessório de conduta, seja ele de lealdade, de esclarecimento, de proteção, tratar-se em verdade de inadimplemento contratual, pois que a boa-fé objetiva impõe, nas relações contratuais, um nível mínimo de tratamento leal com a pessoa da outra parte, nível este que abrange obrigações de lealdade, cooperação, informação e cuidados para com a pessoa e o patrimônio da contraparte.

A par da divergência doutrinária concernente à natureza do regime da responsabilidade pré-contratual, não há que se olvidar na necessária reparação dos danos advindos da violação aos deveres acessórios de conduta, pois que restam injustificadamente frustradas as legítimas expectativas geradas na fase das negociações nos contratantes.

De fato, necessário se faz que na fase pré-contratual – assim como nas demais fases da contratação – “os candidatos a contratantes 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 conservações, etc.”³⁶³.

Isto porque, quando uma das partes procede de forma a convencer a contraparte da seriedade das tratativas, “levando-a a adotar medidas tendentes à

³⁶⁰ Id., *Das obrigações em geral*, p. 275.

³⁶¹ Id., *Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor...*, p. 24.

³⁶² Id., *Expectativas legítimas dos consumidores...*, p. 74.

³⁶³ AZEVEDO, A.J., op. cit., p. 25.

contratação, a efetuar despesas, assumir compromissos com terceiros, agir, em suma, no propósito aparente de que vai ser firmado o contrato, e, não obstante tudo isto, retira-se injustificadamente das negociações, causando um dano à outra parte, responde pelo seu procedimento culposos, e está sujeita a perdas e danos”³⁶⁴.

A aferição da responsabilidade pré-contratual requer, para tanto, a concorrência de determinadas condições, como a existência de negociações prévias a qualquer contrato, a prática de atos que despertem na contraparte a legítima confiança de que o contrato seria efetivado, o efetivo depósito da confiança pela contraparte, a existência de um dano proveniente da quebra daquela confiança, pela violação dos deveres jurídicos que a salvaguardam, e, ainda, a ruptura das negociações de forma injusta ou injustificada³⁶⁵. São, em suma, necessários os elementos objetivos constitutivos da responsabilidade civil – existência de um dano, de um nexo de causalidade entre o ato ou a omissão e o dano –, e a existência de confiança legítima na parte lesada, acerca da conclusão do contrato ou da sua validade ou eficácia.

Assim sendo, a responsabilidade pré-contratual busca tutelar as legítimas expectativas criadas nas partes durante as tratativas negociais, não apenas acerca da sua validade e eficácia, mas igualmente quanto a futura celebração do instrumento contratual.

Neste ínterim, João de Matos Antunes Varela³⁶⁶ atenta para o fato que o interesse negativo da parte lesada, nos casos de frustração injustificada do negócio jurídico, “não pode exceder o limite do interesse contratual positivo (ou seja, do benefício que a conclusão do contrato traria à parte prejudicada nas suas expectativas)”. A delimitação da indenização devida pela parte que viola o princípio da boa-fé objetiva, ao quebrar os deveres havidos na fase preliminar do

³⁶⁴ PEREIRA, C.M.S., *Responsabilidade civil*, p. 73.

³⁶⁵ PEIXOTO, E.L., *O princípio da boa-fé no direito civil brasileiro*, p. 153. Quanto ao conceito de ‘ruptura injustificada’, sublinha MARTINS-COSTA, J., *A boa-fé no direito privado*, p. 483, que é aquela “destituída de causa legítima, a que é arbitrária, a que compõe o quadro do comportamento desleal de um ponto de vista objetivamente averiguável”. Acrescenta a jurista, ademais, que ‘confiança legítima’ é a expectativa criada a partir de negociações no sentido de que o desenvolvimento das tratativas conduzirá à concretização do negócio, segundo parâmetros de probidade e de lealdade nos propósitos. Destarte, adverte POPP, C., *Responsabilidade civil pré-negocial*, p. 264, que, por vezes, a ruptura das tratativas pode ser legítima, “quando se altera a base negocial durante as negociações de tal sorte a gerar a continuidade delas ônus excessivo a ambas as partes ou pelo menos a uma das partes”, lembrando que para a alteração da base negocial não mais é necessário o requisito subjetivo da imprevisibilidade da situação ou da imprevisão, bastando o elemento objetivo da onerosidade excessiva.

³⁶⁶ Id., *Das obrigações em geral*, p. 274.

contrato, depende, assim, da natureza do dever acessório de conduta infringido e da intensidade ou gravidade do dano.

O interesse a ser ressarcido em decorrência da injustificada ruptura do contrato provém do interesse contratual negativo e corresponde, para o sujeito lesado, à “perda patrimonial que não teria tido se não fosse a expectativa na conclusão do contrato frustrado ou a vantagem que não alcançou por causa da mesma expectativa gerada”³⁶⁷.

Por sua vez, a fase contratual propriamente dita é aquela que se estende da formação do contrato até a sua extinção³⁶⁸.

O princípio da liberdade contratual confere às partes a possibilidade de, livremente, determinarem o conteúdo da relação jurídica contratual; contudo, diante dos valores sociais preconizados pelo texto constitucional de 1988, a autonomia privada deve atender aos proclames da função social e da boa-fé objetiva, a qual impõe aos contratantes o dever de pautarem as suas condutas em padrões éticos – de lealdade, de honestidade, de correção, de probidade.

Deste modo, além dos deveres (principais e secundários) pactuados, estão os contratantes obrigados a deveres acessórios de conduta na fase contratual, oriundos do princípio da boa-fé³⁶⁹ e voltados para a colaboração, a informação e o cuidado da pessoa e do seu patrimônio.

³⁶⁷ VARELA, J.M.A., *Das obrigações em geral*, p. 274. Esclarece, ainda, MIRANDA, P., *Tratado de Direito Privado*, vol. IV, p. 130, que “o interesse negativo consiste no que teria sido a situação do indenizado, se a manifestação de vontade do indenizante tivesse entrado no mundo jurídico tal como esperara o indenizando, ou tivesse entrado e tivesse sido válida, tendo-se cumprido, numa ou noutra espécie, as obrigações resultantes. Não se indeniza se o que confiou houvesse podido, desde o início, reconhecer que se não tratava de ato insuficiente à entrada no mundo jurídico, ou deficiente”, exemplificando, como interesse negativo, os gastos para a conclusão do contrato ou os desembolsos devidos à crença de que o contrato se realizaria.

³⁶⁸ Forma-se o contrato por meio do acordo de vontades, consagrado pelo princípio do consensualismo – não se olvidando dos limites impostos pela ordem pública, pelos bons costumes e pela boa-fé objetiva. Em se tratando de contratos reais ou solenes, é necessário, ainda, respectivamente, a entrega da coisa ou a forma como elemento de validade. Destarte, extingue-se o contrato com o cumprimento integral das obrigações (deveres primários e secundários) ou, ainda, pela nulidade (absoluta ou relativa), pela condição resolutiva, pelo exercício do direito de arrependimento, pela rescisão, pela resolução ou pela rescisão. Para que do contrato não cumprido decorra a responsabilidade contratual, é mister que o contrato seja válido e o dano resulte do descumprimento contratual. No primeiro pressuposto é indispensável a existência de um acordo celebrado entre o causador do prejuízo e a vítima e que esse acordo de vontades seja válido. Portanto, sem que haja uma prévia e válida relação obrigacional entre as partes, não há que se falar em responsabilidade contratual.

³⁶⁹ Acrescenta AZEVEDO, A.J., *Responsabilidade pré-negocial do Código de Defesa do Consumidor...*, p. 26, que, na fase contratual, a boa-fé objetiva, além de criar deveres acessórios à conduta principal, também serve para interpretar, completar e corrigir o texto contratual.

O artigo 389 do Código Civil de 2002³⁷⁰ determina que, do inadimplemento de uma obrigação assumida, subsiste o dever de indenizar, isto é, o não cumprimento de uma obrigação contratual impõe ao devedor a responsabilidade por perdas e danos, juros, correção monetária e honorários advocatícios. É a responsabilidade contratual pelo descumprimento de uma obrigação constante no pacto celebrado³⁷¹.

Em geral, o traçado do dever principal do contrato resulta bem claro, como, por exemplo, nos contratos de compra e venda ou de locação, onde os direitos e os deveres de cada uma das partes resta bem caracterizado. Por outro lado, a relação jurídica contratual, dada a sua complexidade, abarca deveres gerais de conduta, nem sempre claramente identificáveis, porém, em face da incidência do princípio da boa-fé objetiva, se fazem presentes em todas as suas fases.

O descumprimento de um dever contratual não se resume à prestação principal pactuada. Como visto, a obrigação representa um processo, uma totalidade complexa, composta por uma série de deveres secundários e acessórios de conduta “que gravitam as mais das vezes em torno do dever principal de prestar e até do direito à prestação (principal)”³⁷². Assim sendo, durante a execução do contrato, a existência de deveres acessórios de conduta, originados do princípio da boa-fé objetiva, conduz à responsabilidade do agente por danos causados à contraparte.

Considerando que “o dano desponta à medida que a obrigação pactuada não é cumprida ou na hipótese de cumprimento inadequado, falho, distante,

³⁷⁰ Conforme nota 354.

³⁷¹ Em geral, a responsabilidade por danos requer a prova da culpa do agente causador do dano. Entretanto, situações existem em que se prescinde totalmente de culpa, bastando uma relação de causalidade entre a ação (ou omissão) e o dano causado. Um dos casos é o risco da atividade, donde a responsabilidade pelo dano – dita objetiva em face da desnecessidade de comprovação de culpa do agente – reside no fato de que “toda pessoa que exerce uma atividade cria um risco de dano para terceiros” (GONÇALVES, C.R., *Responsabilidade civil*, p. 22). Neste campo, segundo WALD, A., *Curso de direito civil brasileiro...*, p. 580, “a responsabilidade contratual tem levado a implantar a teoria do risco profissional, entendendo-se que é dever do empresário que tem as vantagens da realização do negócio, arcar com os encargos dele decorrentes, de acordo com o princípio *ejus commodum, ejus periculum*”. Nas relações de consumo a responsabilidade contratual é também objetiva – salvo hipóteses de responsabilidade pessoal de profissionais liberais – pois que não se faz necessária a demonstração de culpa para exsurgir o dever de indenizar. Assim, dispõe o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 14 e parágrafo 4º, respectivamente, *in verbis*: “O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. (...) § 4º: “A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”.

³⁷² VARELA, J.M.A., *Das obrigações em geral*, p. 68.

portanto, daquilo que foi acordado entre credor e devedor”³⁷³, a responsabilidade contratual, então, provém do prejuízo causado a outrem por uma pessoa em face do descumprimento de uma obrigação contratual, seja ela decorrente da violação de uma prestação principal ou da quebra de um dever acessório de conduta³⁷⁴.

Independentemente da natureza jurídica que se atribua à responsabilidade por danos decorrentes da violação de deveres acessórios de conduta no decorrer da execução contratual, certo é que os deveres oriundos do contrato em si, quer sejam eles principais, secundários ou acessórios de conduta, devem ser cumpridos pelas partes no decorrer da relação jurídica obrigacional, sob pena de, caso violados, importarem na responsabilidade pelo ressarcimento do dano à contraparte.

O princípio da boa-fé objetiva, enquanto dever geral de conduta, projeta-se para todos os momentos da relação contratual, inclusive após a sua extinção. Tal assertiva se justifica pelo fato de que o contrato já concluído pode apresentar reflexos residuais, porque “pode o antigo contratante praticar ações ou omissões responsabilizáveis”³⁷⁵. Trata-se do período de pós-eficácia dos contratos, isto é, da fase pós-contratual.

Do princípio da boa-fé objetiva sobressaem deveres anexos cuja eficácia é ulterior ao adimplemento contratual. Após findo o contrato, a boa-fé objetiva continua a encerrar deveres acessórios de conduta, os quais exigem que as partes omitam qualquer conduta tendente a prejudicar o outro contratante. São os denominados “deveres *post pactum finitum*, como o do advogado de guardar os

³⁷³ DONNINI, R. F., *Responsabilidade pós-contratual*, p. 22.

³⁷⁴ Novamente, no que tange à natureza da responsabilidade advinda da violação de deveres acessórios de conduta, ainda que em fase contratual, não é unânime. Há quem entenda tratar-se de responsabilidade aquiliana, tal como VENOSA, S.S., *Direito civil – teoria geral...*, p. 478, ao assinalar que “se é descumprido um dever geral de conduta, (...), desloca-se a óptica para a responsabilidade aquiliana”. Mormente a doutrina cita como exemplo o contrato (tácito) de transporte público, proveniente de um contrato de adesão, onde o sujeito paga o preço do transporte e a empresa se compromete a levá-lo ao seu destino. A princípio, existem direitos e obrigações (principais) a ambas as partes contratantes; contudo, resta ainda um dever de segurança da empresa para com a pessoa do passageiro. Se, no trajeto, o passageiro fica ferido, a doutrina se divide: há quem sustente, e neste sentido ratificamos, o inadimplemento contratual, uma vez que o dever violado compreende um dever de boa-fé, acessório à conduta principal e que se integra à relação em virtude da complexidade da obrigação. Ao tratar do dever de cooperação, imposto pela boa-fé objetiva aos contratantes, NALIN, P., *Do contrato: conceito pós-moderno...*, p. 196, considera que a boa-fé objetiva é elemento do contrato, defende o tratamento da responsabilidade pela violação do dever acessório de conduta sob a ótica contratual, pois que há uma violação positiva do contrato. Ao revés, há uma corrente de pensamento oposta, que defende a idéia de que a responsabilidade dali decorrente é de natureza aquiliana, por se tratar de um dever geral de conduta, entendido como dever de *neminem laedere*.

³⁷⁵ VENOSA, S.S., op. cit., p. 483.

documentos do cliente, o do fornecedor de manter a oferta de peças de reposição, o do patrão de dar informações corretas sobre ex-empregado idôneo etc.”³⁷⁶.

A responsabilidade pós-contratual, também denominada de *culpa post factum finitum*, decorre, portanto, primordialmente “do complexo geral da boa-fé objetiva em torno dos negócios jurídicos. Trata-se de um dever acessório de conduta dos contratantes, depois do término das relações contratuais, que se desprende do sentido individualista do contrato imperante até o século passado e se traduz em um sentido social das relações negociais”^{377 378}.

Assim sendo, a boa-fé impõe, mesmo após a extinção do contrato pelo regular adimplemento, “um dever de proteger a pessoa ou os bens da outra parte, de informar a outra parte sobre qualquer circunstância apta a influenciar o gozo dos direitos adquiridos com o contrato, ou de manter a utilidade do resultado já obtido com o contrato”³⁷⁹. Neste sentido propõe o Código Civil de 2002³⁸⁰.

³⁷⁶ AZEVEDO, A.J., *Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor...*, p. 26. Outrossim, CORDEIRO, A.M.R.M., *Estudos de direito civil*, p. 169, assinala a existência de teses negativistas da *culpa post factum finitum*, segundo as quais os deveres posteriores ao contrato seriam deveres continuados, fundados no próprio contrato. Neste sentido, faz referência a Karl Larenz, Peter Ramm, Herschel, Mohnen, entre outros.

³⁷⁷ VENOSA, S.S., *Direito civil – teoria geral...*, p. 484.

³⁷⁸ Alude CORDEIRO, A.M.R.M., *A boa-fé no direito privado*, p. 626, que, ao lado da orientação que situa a responsabilidade pós-contratual nos deveres anexos oriundos do princípio da boa-fé objetiva, duas outras orientações se manifestam na doutrina. Uma recorre à lei e à analogia, entendendo que a própria lei contemplaria deveres que se tornariam ou se manteriam eficazes mesmo depois de extinto o vínculo obrigacional pelo adimplemento ou que, por analogia, poder-se-ia construir a *culpa in contrahendo* da pós-eficácia das obrigações. A segunda orientação inclina-se para a vocação comunitária, isto é, para a vocação sócio-afetiva, presente em situações familiares e laborais, aduzindo que a extinção destas não teria o condão de eliminar alguns dos seus efeitos. O jurista português, ao analisar estas duas outras orientações voltadas a esclarecer a *culpa post factum finitum*, as critica dizendo que ambas são falhas, a uma porque “metodologicamente, não é possível avançar na base de disposições legais surtidas, que tanto podem traduzir exceções como o aflorar de princípios gerais, numa situação que, neste caso, se complica, por muitas das disposições utilizadas se reportarem não à pós-eficácia em sentido estrito, mas às pós-eficácia aparente ou virtual, ou à eficácia continuada” (Ibid., p. 628). Esclarece que tampouco se pode recorrer à analogia ou à vocação comunitária para explicar a culpa pós-contratual porque a *culpa post factum finitum* veda transposições analógicas e porque a situação laboral não tem características comunitárias e as situações familiares possuem regras voltadas à pós-eficácia aparente. Neste ponto, importante traçar, ainda que em linhas gerais, o que se caracteriza por pós-eficácia aparente, virtual e eficácia continuada. A pós-eficácia aparente é assim denominada porque a lei associa de modo expresso determinados deveres à extinção das obrigações; a pós-eficácia virtual consiste na previsão, nas situações obrigacionais complexas, desde o seu início, de certos deveres que somente poderão ser observados após a extinção da relação obrigacional; e, por eficácia continuada, entende-se a eficácia oriunda de deveres que, previstos pelas partes ou pela lei, é mantida depois de extinto o dever principal. Em todos estes casos não se retrata a responsabilidade pós-contratual, que daquelas difere por derivar-se do princípio da boa-fé objetiva que incide em todo o *iter* negocial.

³⁷⁹ TREVISAN, M.A., *Responsabilidade civil pós-contratual*, p. 208.

³⁸⁰ Código Civil, artigo 422. Conforme nota 73.

No que tange à natureza do regime a ser aplicado nos casos de violação de deveres acessórios de conduta posteriormente à conclusão do contrato, novamente, a doutrina diverge. Alguns juristas sustentam que a responsabilidade civil oriunda da transgressão aos deveres acessórios depois de extinto o vínculo obrigacional é de natureza aquiliana, em razão justamente da extinção do contrato e da subsistência do dever geral de não lesar a outrem. Aduz-se que as causas de extinção colocam fim globalmente ao contrato, e, ainda que para além do fim da relação jurídica contratual subsistam deveres de conduta, “decorrem diretamente da boa-fé e não do regulamento contratual”³⁸¹, motivo pelo qual a responsabilidade pós-contratual seria de natureza aquiliana.

Por outro lado, parte da doutrina assevera tratar-se de responsabilidade civil contratual, pois que os deveres acessórios de conduta, relacionados a um comportamento centrado na boa-fé objetiva, porque inerentes ao contrato – embora não integrem a prestação principal – e porque produtores de efeitos até mesmo posteriores à conclusão da avença.

Desta forma, “embora extinto o contrato pelo adimplemento, é a partir dele que irradiaram, por meio da incidência da boa-fé, os deveres anexos, de sorte que sua violação caracteriza a responsabilidade *contratual*”³⁸².

Nestes termos, esclarece Rogério Ferraz DONNINI³⁸³ que:

Se o contrato foi celebrado entre as partes e seus efeitos persistem mesmo após satisfeita a prestação, isso quer dizer que os deveres acessórios decorrem diretamente do acordo, o que nos permite afirmar que a identificação da violação de um ou vários deveres acessórios (deveres de informação, proteção e lealdade) se torna muito menos complexa que na fase pré-contratual, pois cabe ao aplicador da lei examinar as cláusulas contratuais e confrontá-las com esses deveres que são consequência do princípio da boa-fé, ou mais precisamente da cláusula geral de boa-fé. A responsabilidade, nesse caso, será contratual, pois o ato da parte que infringiu um ou mais dos deveres acessórios será resultado direto do contrato.

Demais disso, há uma terceira opinião a respeito da natureza da responsabilidade pós-contratual. Alguns doutrinadores³⁸⁴ defendem a inclusão da responsabilidade pós-contratual no regime da chamada terceira via, diversa do

³⁸¹ GARCIA, E.C., *Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé*, p. 274.

³⁸² TREVISAN, M.A., *Responsabilidade civil pós-contratual*, p. 212.

³⁸³ Id., *Responsabilidade pós-contratual no novo Código Civil...*, p. 150.

³⁸⁴ DONNINI, R.F., *Responsabilidade pós-contratual no novo Código Civil...*, p. 145, assinala ser esta a opinião de Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, seguindo este as preleções de Claus-Wilhelm Canaris.

regime aquiliano ou do regime contratual de disciplina da responsabilidade civil. A terceira via funda a responsabilidade pós-contratual nos próprios vínculos específicos, isto é, nos deveres gerais derivados da boa-fé objetiva que norteiam o tráfego negocial.

A discussão doutrinária, em que pese sua relevância, não altera as situações fáticas e caberá ao juiz, diante do caso em concreto, optar entre a caracterização da responsabilidade pós-contratual como contratual ou aquiliana. Importa apenas ressaltar que da violação a deveres acessórios de conduta, ainda que em momento ulterior à extinção do contrato, subsiste a responsabilidade pelo agente causador do dano. Especialmente porque o princípio da boa-fé estabelece uma relação de confiança entre as partes contratantes que não pode ser desprezada mesmo após a extinção do vínculo obrigacional.

Antônio Manuel da Rocha Menezes e Cordeiro³⁸⁵ acrescenta que:

Na busca dos vectores materiais que concretizam a boa-fé nas ocorrências de pós-eficácia, deparam-se, no essencial, a confiança e a materialidade das situações em jogo. A confiança requer a protecção, no período subsequente ao da extinção do contrato, das expectativas provocadas na sua celebração e no seu cumprimento, pelo comportamento dos intervenientes. A materialidade das situações exige que a celebração e o acatamento dos negócios não se tornem meras operações formais, a desenvolver numa perspectiva de correspondência literal com o acordado, mas que, na primeira oportunidade, se esvaziam de conteúdo. O escopo contratual não pode ser frustrado a pretexto de que a obrigação se extinguiu.

Resta, enfim, evidente que os deveres acessórios de informação, de protecção e de lealdade, amparados na cláusula geral de boa-fé objetiva, se transgredidos no momento posterior à conclusão do contrato, dão margem à responsabilidade pós-contratual.

Em verdade, “a tutela da confiança e a perfeita realização do projeto contratual são os elementos materiais que justificam a pós-eficácia das obrigações”³⁸⁶, porque o escopo contratual não pode ser frustrado sob pretexto de que a relação contratual se extinguiu.

Em que pese o artigo 422³⁸⁷ do Código Civil de 2002 não tenha expressamente disposto acerca da responsabilidade das partes pelos danos

³⁸⁵ Id., *Da boa-fé no direito privado*, p. 630.

³⁸⁶ GARCIA, E.C., *Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé*, p. 72.

³⁸⁷ Conforme nota 73. Há quem afirme que a redação do artigo 422 do Código Civil de 2002 é inadequada para abranger as fases pré e pós-contratual, sob o argumento de que o dispositivo se

causados na fase pré-contratual e na fase pós-contratual da relação jurídica obrigacional, por força da amplitude do princípio da boa-fé objetiva, segundo o qual devem as partes guardar em todas as fases contratuais os princípios da probidade e da boa-fé, também nas fases pré e pós-contratual a observância a deveres acessórios de conduta se apresenta indispensável.

Certo é que a boa-fé objetiva traduz a “*esigenza di soddisfazione del reciproco affidamento dei contraenti: riportandola nei termini della reciproca lealtà di condotta, ne fornisce una concreta portata operativa nell’esecuzione e nell’interpretazione dei contratti preliminari*”³⁸⁸.

Demais disso, a concepção social do contrato, delineada pelo artigo 421³⁸⁹ do Código Civil, dispõe que as partes devem atentar para a função social da relação jurídica contratual, de forma a guiarem o seu comportamento conforme um padrão ético de conduta, dentro da noção de boa-fé objetiva, em todas as fases do contrato, inclusive na sua formação e após a sua conclusão.

A positivação do princípio da boa-fé conduz ao reforço da obrigatoriedade da vinculação à palavra dada, o que demonstra que dos deveres acessórios de conduta desponta uma relação de objetiva confiança, tendo em vista a finalidade do contrato e as circunstâncias concretas da situação.

Os deveres acessórios têm por finalidade “evitar situações que possam prejudicar os contraentes em razão de atitudes incompatíveis com a essência da obrigação”³⁹⁰. Por vezes as partes contratantes deixam de fazer menção a certos

limita a fazer incidir a boa-fé e a probidade somente na conclusão e na execução dos contratos. De fato, uma interpretação restritiva poderia conduzir a este entendimento. Todavia, considerando os valores e os princípios traduzidos pela Constituição Federal de 1988, está ínsito que o dever de boa-fé – tendo em vista os princípios da solidariedade social e da dignidade da pessoa humana – e de probidade incidem em todas as fases – pré-contratual, contratual e pós-contratual – do contrato. Neste campo, o Código Civil Alemão (BGB) não dispôs especificamente a regra geral de responsabilidade pré-contratual, mas em disposições isoladas a lei civil germânica permite a consagração deste pensamento legislativo. O Código Civil Italiano de 1942, em seu artigo 1.337, expressamente prescreve que “*le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede*” (Na tradução livre: “as partes, no desenvolvimento das tratativas e na formação do contrato, devem se comportar segundo boa-fé”). Em suma, analisa TREVISAN, M.A., *Responsabilidade pós-contratual*, p. 209 que em se tratando de uma “cláusula geral”, não faz sentido querer delimitar a força normativa da boa-fé, de modo que basta tão-só o legislador impor a observância da boa-fé, *tout court*, para se protegerem os contratantes para além do termo inicial e final do contrato.

³⁸⁸ SELVINI, M., *Buona fede e preliminarare di compravendita...*, p. 432. Na tradução livre: “exigência de satisfação da recíproca confiança dos contratantes: reportando-a [a boa-fé] nos termos da recíproca lealdade de conduta, lhe fornecendo um concreto valor operativo na execução e na interpretação dos contratos preliminares”.

³⁸⁹ Conforme nota 73.

³⁹⁰ DONNINI, R.F., *Responsabilidade pós-contratual no novo Código Civil...*, p. 125.

comportamentos – comissivos ou omissivos – necessários à manutenção e à preservação da utilidade econômica do contrato.

Logo, a infração a esses deveres acessórios – de lealdade, de proteção, de esclarecimento – quer na fase das tratativas, no curso da relação contratual em si ou após a extinção do contrato, causa um “dano de confiança”³⁹¹. Àquele que deu causa à injustificada quebra dos deveres de conduta é responsável pela reparação dos prejuízos sofridos, uma vez frustrar as legítimas expectativas geradas junto à contraparte relativas ao resultado útil do contrato.

Então, à parte que despertou no seu consorte uma razoável convicção de que o negócio jurídico se realizaria ou de que determinadas expectativas seriam satisfeitas e, posteriormente, rompe injustificadamente as negociações ou obstaculiza a satisfação dos legítimos interesses da contraparte, violando deveres laterais de proteção, de esclarecimento ou de lealdade, é imputada a responsabilidade por ferir de pronto as legítimas expectativas da contraparte.

*La clausola di buona fede risponde, in tal senso, all'effettiva esigenza di controllare il comportamento delle parti nel momento della concreta esecuzione del rapporto, interponendosi tra l'adempimento degli obblighi fissati in contratto e il conseguimento del risultato economico che con il contratto si vuole ottenere. Il principio di lealtà contrattuale si estrinseca in tal modo nell'obbligo di comportarsi conformemente all'economia del contratto, ma, al fine di evitare risultati aberranti, deve essere coordinato e completato con l'obbligo di salvaguardia dell'interesse della controparte: la solidarietà contrattuale impone di cercare un adeguato equilibrio sinallagmatico e, pertanto, di imporre comportamenti che senza costituire un apprezzabile sacrificio per chi li pone in essere, contribuiscano a realizzare l'altrui interesse, ma sempre nell'ottica dell'economia contrattuale*³⁹².

³⁹¹ Expressão aludida por VENOSA, S.S., *Direito civil – teoria geral...*, p. 478, também examinada sob a denominação “interesse negativo” por MIRANDA, P., *Tratado de direito privado*, tomo IV, p. 124. Este “dano de confiança” pode abarcar danos de ordem patrimonial, como também de ordem extrapatrimonial, v.g. o dano à honra, à imagem.

³⁹² SELVINI, M., *Buona fede e preliminare di compravendita...*, p. 433. Na tradução livre: “A cláusula de boa-fé responde, neste sentido, à efetiva exigência de controlar o comportamento das partes no momento da concreta execução da relação, interpondo-se entre o adimplemento das obrigações fixadas no contrato e a obtenção do resultado econômico que com o contrato se pretende obter. O princípio da lealdade contratual se expressa em tal modo por meio da obrigação de comportar-se conformemente à economia do contrato, mas, no intuito de evitar resultados anômalos, deve ser coordenado e completado com a obrigação de salvaguardar o interesse da contraparte: a solidariedade contratual impõe a procura por um adequado equilíbrio sinalagmático e, portanto, procura impor comportamentos que, sem constituir um sacrifício considerável por aqueles a quem se impõem, contribuam para realizar os interesses do outro, mas sempre na ótica da economia contratual”.

O princípio da boa-fé conjugado com o princípio constitucional da solidariedade³⁹³, conduzem à necessidade de se estabelecer um ponto de equilíbrio nos contratos, visando atender aos interesses de ambas as partes e da própria sociedade, uma vez que “o dever que promana da concreção do princípio da boa-fé é dever de consideração para com o ‘alter’”³⁹⁴. A união de esforços em prol do equilíbrio das prestações e da cooperação recíproca, dá azo à confiança mútua.

E será na análise de cada caso, a partir de dados concretos, inequívocos e avaliáveis por critérios objetivos, que será aferida a legitimidade da confiança argüida e a conseqüente responsabilidade.

Outrossim, os deveres acessórios de conduta, sejam eles de proteção, de esclarecimento ou de lealdade, têm, na tutela da confiança, o seu fio condutor, “não como um retorno ao voluntarismo mas como forma de realização da função social do contrato”³⁹⁵ e, por conseqüência, de revalorização da pessoa como centro do ordenamento civil.

³⁹³ O princípio da solidariedade esculpido na Constituição Federal de 1988 escapa à concepção individualista e egoísta do antigo regime do direito das obrigações, então concebido pelo Código Civil de 1916. A idéia de solidariedade pressupõe a colaboração das partes integrantes da relação jurídica obrigacional, onde a concorrência existe, porém não dá lugar à oposição, pois que o propósito do contrato baseia-se em um fim comum e para a sua realização é necessária a cooperação entre as partes. A solidariedade importa, para as partes contratantes, “*el deber social de cooperar a la consecución del bien común, del cual, obviamente participa. (...) Ello obliga a la persona a colaborar en la realización de las otras personas, para lo cual debe también abstenerse de toda acción contraria a esse propósito*” (ITURRASPE, J.M., *Interpretación económica de los contratos*, p. 31. Na tradução livre: “no dever social de cooperar para a consecução do bem comum, do qual, obviamente participa. (...) E obriga a pessoa a colaborar para a realização de outras pessoas, para a qual deve também abster-se de toda ação contrária a esse propósito”). NALIN, P., *Do contrato: conceito pós-moderno...*, p. 178, lhe confere especial importância pois entende que “a conduta de solidariedade entre sujeitos de direito, aqui particularizando a figura dos sujeitos contratantes, à atenção que deve ser dispensada, tanto na formação quanto na definição do negócio jurídico, no senso de ser imperiosa a colaboração entre eles, especialmente, mas não exclusivamente, no momento da execução contratual”.

³⁹⁴ SILVA, C.C., *A obrigação como processo*, p. 29. Considera, ainda, o jurista que “nos negócios jurídicos bilaterais, o interesse, conferido a cada participante da relação jurídica (*“mea res agitur”*), encontra sua fronteira nos interesses do outro figurante, dignos de serem protegidos. O princípio da boa-fé opera, aqui, significativamente, como mandamento de consideração” (Ibid., p. 30).

³⁹⁵ TEPEDINO, G. (coord.), *Problemas de direito civil-constitucional...*, p. 313. A função social do contrato surge como contraponto ao princípio da autonomia privada, entendido de forma absoluta pelo liberalismo econômico do século XIX, que não mais se justifica pois conduz a iniquidades e injustiças. A Constituição Federal de 1988 tem no princípio da igualdade um de seus fundamentos, e deve ser aferido em sua materialidade nas relações jurídicas. E é justamente perante as desigualdades reais que o princípio da função social do contrato se sobressai. Por ser conseqüência lógica do princípio constitucional da função social da propriedade, o princípio da função social do contrato mostra que a liberdade contratual não se justifica quando afetar ou colocar em risco valores supra-individuais, devendo sofrer restrições quando conduza “a graves desequilíbrios entre direitos e obrigações das partes, que sejam atentatórios de valores de justiça” (NORONHA, F., *Direito das obrigações*, p. 28). Segundo CARDOSO, P., *Oponibilidade dos efeitos dos contratos...*, p. 127, “a função social do contrato é reconhecida como um fator de

Por assim, dizer, a confiança constitui “a base imprescindível de todas as relações humanas”³⁹⁶, não podendo ser frustrada ou abusada, cabendo a todas as pessoas, enquanto dever, um comportamento leal e honesto no trato das relações jurídicas.

5.2 A boa-fé objetiva como fundamento para a tutela da confiança no direito contratual contemporâneo

No tráfego jurídico, quando uma pessoa realiza certa ação ou celebra determinado negócio jurídico ou contrato tendo confiado na existência ou na permanência de certas qualidades das pessoas, dos objetos ou das circunstâncias do pacto, ou confiado na sinceridade e/ou nas promessas de outrem, nascem legítimas expectativas acerca da relação jurídica obrigacional³⁹⁷.

limitação da liberdade individual, que deve ser funcionalizada, de tal modo que os contratantes são compelidos a dar ao contrato uma finalidade socialmente relevante, consentânea com o interesse coletivo”. E, viabilizada pelo princípio da função social do contrato, encontra-se a tutela da confiança, na medida em que as relações jurídicas, diante da revalorização da pessoa humana como centro das preocupações do ordenamento civil, são repensadas em torno dos interesses sociais e da promoção da dignidade da pessoa humana.

³⁹⁶ DELGADO, M.L.; ALVES, J.F., *Questões controvertidas no novo Código Civil*, p. 404.

³⁹⁷ Pensa-se na hipótese de dois sujeitos, A e B, onde B é cliente de A há cerca de dez anos. O sujeito A representa uma marca de renome internacional, conhecido no mercado pela qualidade de seus produtos. O sujeito B formula um pedido de 1.500 peças a serem entregues por A em um prazo de trinta dias, quando B promoverá, junto a sua clientela cativa, o lançamento das peças da marca A. Contudo, dado o longo período de práticas comerciais havido entre os sujeitos, no contrato de compra e venda de mercadoria resta silente cláusula acerca da qualidade do produto. Na data aprazada, o sujeito A entrega as 1.500 peças em uma qualidade inferior à usual, sob argumento de que nada foi contratado acerca da qualidade específica do produto. O sujeito B recusa-se a receber as peças em virtude da inexistência da qualidade esperada e, além do prejuízo pela não entrega dos produtos, tem sua imagem abalada perante a sua clientela. Sob a questão repousa a problemática sobre dois pontos fundamentais: dado o silêncio acerca das características do produto e o longo período de prática comercial havido entre as partes, cabe ao sujeito A efetuar a entrega de produtos com qualidade inferior à esperada? Ou, dada a prática comercial e a legítima expectativa de produtos com determinada qualidade despertada no sujeito B, lhe cabe indenização respectiva? Caso semelhante pode ser vislumbrado a partir do recurso nº 96J/00101, da Corte de Apelação de Grenoble, onde litigavam Ste-Calzados Magnanni (Espanha) e Sarl Shoes General International (França). Em resumo, a Sarl Shoes era cliente de Ste-Calzados desde 1993. A Sarl Shoes encomendou de Ste-Calzados a fabricação de calçados que deveriam ser comercializados sob a marca Pierre Cardin para a estação de verão de 1995, formulando vários pedidos entre outubro de 1994 e 17 de janeiro de 1995, somando um total de 8.651 pares. No dia 19 de janeiro, a Sarl Shoes é informada por telefone que a Ste-Calzados não realizaria a entrega dos calçados. A Ste-Calzados nega ter recebido quaisquer pedidos, ao passo que a Sarl Shoes aduz que, em face do descumprimento contratual, viu-se obrigada a recorrer a outros fabricantes de calçados para cumprir suas obrigações junto a outros revendedores, que já se mostravam descontentes com a entrega tardia. Argüiu, ainda, a Sarl Shoes que 2.125 pares foram devolvidos, o que resultou em

Consoante a lição de Antônio Manuel da Rocha Menezes e Cordeiro³⁹⁸, “a confiança exprime (...) a situação em que uma pessoa adere, em termos de atividade ou de crença, a certas representações, passadas, presentes ou futuras, que tenha por efetivas. O princípio da confiança explicitaria o reconhecimento dessa situação e a sua tutela”. O Direito, de modo algum, poderia permanecer alheio ou indiferente à eventual frustração da confiança assim depositada.

A confiança das pessoas é protegida pelo Direito desde o *jus romano*. Tal se deduz da *bona fides* romana, a qual atribuíra um sentido ético às condutas humanas, voltadas à proteção da palavra dada. O desvio – injustificado – daquilo que as pessoas, por quaisquer motivos, acreditassem era sancionado. Protegia-se, então, a confiança depositada pelos sujeitos no tráfego jurídico.

Semelhantes razões levaram Judith Martins-Costa³⁹⁹ a afirmar que:

um prejuízo de \$712.879 francos e perda da imagem comercial. O direito aplicável compreende as regras traçadas na Convenção de Viena quanto à disciplina contratual, posto que os sujeitos estão localizados em Estados diferentes e ambos signatários da Convenção. Em razão da veracidade dos pedidos feitos por Sarl Shoes, a sociedade Ste-Calzados se funda no artigo 18.1 da Convenção e faz valer que o silêncio ou a sua inação não podem significar aceitação, que convém que a Corte analise as práticas que foram utilizadas pelas partes quando dos pedidos anteriores e que analise as circunstâncias de fato que envolvem o presente litígio. Visto que a Ste-Calzados não confirmou o recebimento do pedido em 1993 e entregou a mercadoria no prazo solicitado, era de se deduzir que ela fabricaria o pedido sem confirmar a aceitação, na ocasião, em 1995, considerando que as partes contratavam desta maneira desde novembro de 1993, nas estações de inverno e verão. Foram produzidas provas de troca de correspondência e fax nos dias 17, 19, 20 e 24 de janeiro, em resposta a um fax do dia 19 de janeiro, juntamente com a amostra de calçados apresentada por Ste-Calzados para a coleção de verão de 1995, a pedido de Sarl Shoes, entregue em agosto de 1994. Conforme a Convenção, no artigo 8.1, as indicações e os outros comportamentos de Sarl Shoes devem ser interpretados segundo a intenção desta, que a empresa Ste-Calzados deveria conhecer. A Corte decidiu que a empresa Ste-Calzados recebeu o pedido, posto que não o negou em momento algum, face às múltiplas correspondências da Sarl Shoes, enviadas de janeiro a março de 1995. Ademais, entendeu a Corte que a negação de honrar um pedido recebido sem motivo legítimo, e afirmando de maneira mentirosa que o pedido não foi feito, constitui da parte de Ste-Calzados uma contravenção grave, conforme o artigo 25 da Convenção, pois priva o comprador – Sarl Shoes – daquilo que ele teria direito de esperar em retorno. Determinou, então, que à luz do artigo 74 da Convenção é devida reparação, em face da contravenção a um contrato, consistente na indenização por perdas e danos igual ao valor do prejuízo sofrido e o ganho que o contratante deixou de aferir em consequência do descumprimento. Fonte: <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=415&step=FullText>. Sob este aspecto, merece ser trazida a lume a opinião de JACQUES, D.C., *A proteção da confiança no direito do consumidor*, p. 117: “A manutenção do vínculo com o fornecedor de uma marca consolidada, ou de uma determinada qualidade diferenciada, ou de um grupo economicamente forte pode ser importante e relevante para o consumidor porque integra o grupo de fatores que vai assegurar que este receba o que deseja, que realize as suas expectativas legítimas. Trata-se aqui de uma reação à fluidez e à fragmentação cada vez maior das relações contratuais”. Ademais, no caso em apreço, relevante se mostra considerar que as relações jurídicas de natureza periódica, pela própria natureza, geram a efetiva confiança de que uma nova contratação ocorrerá, e com tal expectativa de realização o contratante confiante ou o consumidor poderão efetuar despesas, com vistas a uma futura nova contratação.

³⁹⁸ Id., *Da boa-fé no direito privado*, p. 1.234.

³⁹⁹ Id., *Diretrizes teóricas do novo Código Civil Brasileiro*, p. 133.

O princípio da confiança vem especificado, no interior das relações que nascem do tráfego jurídico – notadamente (mas não exclusivamente) o tráfego negocial –, pelos correlatos e conexos princípios da lealdade e da boa-fé objetiva, ambos constituindo a dupla face da confiança. Estes princípios têm a característica de constituir normas de conduta que impõem a quantos entram em contacto social relevante juridicamente deveres de conduta, entre os quais os de informação e os de proteção aos legítimos interesses do *alter*.

Desde muito a história do Direito vem demonstrado, e, em especial o Direito das Obrigações, que a confiança é condição *sine qua non* da convivência civil de modo pacífico. A proteção da dignidade da pessoa humana passa pela exigência de eticidade nas condutas, de lealdade e de honestidade no tráfego jurídico, a fim de que a palavra empenhada seja concreta e substancialmente respeitada.

Em verdade, ao final do século XIX, na Europa Ocidental, é que o princípio da confiança começou a atuar de forma mais incisiva. Sob a égide da ideologia clássica do liberalismo econômico, onde a vontade ocupava o centro referencial de toda a sistemática jurídica, o contrato representava importante fonte de obrigações e a preocupação em tutelar a liberdade e a espontaneidade do querer e, conseqüentemente, as legítimas expectativas geradas nos contraentes despontou no universo jurídico⁴⁰⁰. Neste contexto, a tutela da confiança era entendida como

⁴⁰⁰ Menciona JACQUES, D.C., *A proteção da confiança no direito do consumidor*, p. 103, que a centralidade da vontade e a preocupação com a sua livre manifestação permitiram a construção da teoria dos vícios do consentimento (relacionada ao erro, ao dolo, à coação, à simulação, etc.) e de novos tipos de contratos, não tipificados nos Códigos. Pelo excessivo subjetivismo atribuído à vontade, a doutrina alemã elaborou a teoria da declaração – que, opondo-se à teoria da vontade interna preconizada por Savigny – primava pela eleição do sentido normal da declaração em prol da segurança e estabilidade das relações jurídicas. No entanto, a realidade demonstrava “a existência de situações fáticas que mereciam consideração jurídica pela sua importância no tráfico jurídico, pela confiança que proporcionavam e expectativa gerada nas partes” (JACQUES, D.C., op. cit., p. 104); destas situações, surgiu a teoria da aparência. A teoria da aparência tem por fim proteger uma dada situação fática, possibilitando seja ela tutelada pelo direito, bem como a produção de efeitos no mundo jurídico. Justifica-se pela existência de um fato que faz parecer algo que em verdade não é, produzindo conseqüências jurídicas em razão da proteção da confiança gerada pela aproximação das partes visando a constituição de uma relação jurídica. A teoria da aparência tem por fundamento a “necessidade de segurança nas relações jurídicas e a proteção de terceiros de boa-fé e de suas expectativas legítimas. (...) O fenômeno objetivo da aparência liga-se ao subjetivo do erro, pois são as circunstâncias que envolvem o caso que geram o erro do terceiro” (Ibid., p. 105). Deste modo, a crença em uma situação aparente faz com que se tome a aparência como realidade, produzindo efeitos jurídicos, o que reporta à proteção da confiança – concentrada no plano da existência – e à tutela dos efeitos provocados em sociedade para proteger os legítimos interesses desbertados. Ainda, PIETROBON, V., *Errore, volontà e affidamento...*, p. 181, busca diferenciar o princípio da aparência do princípio da confiança, este derivado da boa-fé objetiva. Segundo o jurista italiano, o objeto da confiança tutelado pelo princípio da aparência pode ser individualizado em uma situação jurídica correspondente, geralmente, à titularidade (aparente) de

“uma legitimação formal, atribuída por norma específica, para o exercício de determinado direito que, em abstrato, não era conferido pelo ordenamento”⁴⁰¹. Ou seja, a confiança nascida de um fato externo no tráfego negocial é protegida, contudo é restrita a “faltas nos pressupostos de eficácia da situação e não nos seus fundamentos constitutivos”⁴⁰².

O Código Civil Germânico (BGB), de 1900, ao identificar as duas acepções da boa-fé, uma subjetiva, a outra objetiva, substituiu a teoria da vontade pela teoria da confiança. No Direito Alemão, “a boa-fé assumiu o conteúdo de juramento de honra como forma de se reforçar a responsabilidade pessoal do devedor, garantindo a manutenção e o cumprimento da palavra dada”⁴⁰³, fixando-se sob os aspectos da lealdade e da confiança, consubstanciada no dever de observar os interesses da outra parte e de pautar a sua prestação no sentido de satisfazer também os interesses do consorte dada as legítimas expectativas nele despertadas.

A teoria da confiança alemã considera inválido o negócio jurídico em que exista desconformidade ou divergência entre a vontade real e o sentido objetivo da declaração, sempre que a confiança no seu conteúdo esteja fundada na boa-fé objetiva do destinatário. Neste caso, “a indenização é cabível e visa a resguardar o chamado *interesse contratual negativo* (ou *interesse da confiança*), repondo o lesado, com a invalidade, na situação em que estaria se não tivesse chegado a concluir o negócio”⁴⁰⁴.

A partir da Primeira Guerra Mundial, o crescimento da aplicação do princípio da boa-fé objetiva e da necessidade de proteção da confiança foi, em grande parte, resultado de uma preocupação ética com o enquadramento social do indivíduo, o que ampliou a sua responsabilidade e limitou o uso da propriedade a sua função social, direcionando esforços para a justiça contratual substancial.

um direito; ao revés, o princípio da confiança se relaciona a um estado de confiança sobre um fato jurídico, ou, mais amplamente, sobre um fato relevante na formação de uma *fattispecie* idônea a alterar as situações jurídicas, consubstanciado no princípio da boa-fé objetiva.

⁴⁰¹ OLIVEIRA, U.M., *Princípios informadores do sistema de direito privado*, p. 67. Em igual sentido, CORDEIRO, A.M.R.M., *Da boa-fé no direito privado*, p. 1.235.

⁴⁰² OLIVEIRA, U.M., op. cit., loc. cit.

⁴⁰³ LISBOA, R.S., *Manual de direito civil*, p. 103.

⁴⁰⁴ PEZZELA, M.C.C., *O princípio da boa-fé no direito privado alemão e brasileiro*, p. 202. Acrescenta a autora que, sob os auspícios da teoria da confiança não é cabível a reparação do *interesse contratual positivo*, ou interesse no cumprimento, porque seu objetivo se limita a repor as coisas na situação correspondente ao cumprimento de um contrato válido. Sobre o interesse negativo, conforme notas 367 e 391.

O Código Civil Italiano de 1942 foi um dos primeiros diplomas civilísticos a fazer menção ao primado da confiança e utilizar o princípio na regulação das relações jurídicas⁴⁰⁵.

É, pois, em um contexto intervencionista, isto é, do Estado presente na ordem econômica, não apenas como garantidor da liberdade contratual, mas como agente responsável pelo equilíbrio econômico e jurídico das relações obrigacionais e como provedor da justiça contratual, que se pretende preservar uma das principais funções contemporâneas do contrato: a de instrumento de segurança das expectativas.

São valores da sociedade civil a garantia da justiça e a promoção do bem-estar geral. A partir desta consideração, a utilidade das relações jurídicas interprivadas, como valor do mercado, deve ser assegurada sem que, para tanto, se deprecie o valor da justiça e a dignidade da pessoa humana.

Consoante Ricardo Luis Lorenzetti⁴⁰⁶, a identificação destes valores da sociedade civil importa considerar que se faz necessário fixar limites para o desempenho do Estado e do mercado “dentro” do Direito e estabelecer pontes mínimas entre o público e o privado, por meio da identificação de valores coletivos. Importa dizer que a atuação do Estado na ordem econômica não pode inviabilizar as atividades desenvolvidas no mercado econômico, tampouco retirar-lhes a utilidade; contudo, a liberdade contratual inerente ao mercado é relativa, é limitada à observância de regras de ordem pública, dos bons costumes, e do princípio da boa-fé objetiva, norteados por meio de parâmetros éticos de conduta.

O valor do bem-estar geral inclui a necessidade de segurança nas relações jurídicas intersubjetivas e, como tal, a proteção da confiança depositada pelos indivíduos de que as expectativas depositadas no acordo celebrado serão respeitadas por ambos os pólos da relação jurídica, pois residem no resultado útil e na recíproca satisfação dos interesses.

⁴⁰⁵ O Código Civil Italiano, ao prever no artigo 1.375 que o contrato deve ser executado segundo parâmetros de boa-fé objetiva, incute nas partes o dever de atuar na relação jurídica contratual conforme padrões éticos e voltados para a satisfação do resultado útil do contrato e das expectativas legitimamente geradas na esfera jurídica de ambas as partes contratantes, o que permite identificar, no direito das obrigações italiano, a preocupação com a tutela da confiança no trato negocial.

⁴⁰⁶ Id., *Fundamentos do direito privado*, p. 325.

O direito das obrigações, hoje, encontra-se fundado no princípio da boa-fé objetiva, que representa a materialização do princípio da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social no campo das relações jurídicas privadas.

A confiança é diretriz das relações contratuais, na medida em que as condutas em sociedade e no mercado, quer por ações, quer por omissões, fazem nascer legítimas expectativas nos receptores das declarações de vontade e das informações.

Em busca do equilíbrio contratual, a lei passa a favorecer determinados interesses sociais, valorizando a confiança depositada no vínculo, as expectativas legítimas que nasceram no outro contratante, o qual confiou na postura, nas obrigações assumidas e no vínculo criado através da declaração. Protege-se, pois, a boa-fé e a confiança que o contratante depositou na declaração. Assim “a teoria da confiança atribui responsabilidade àquele que, por seu comportamento na sociedade, gera no outro contratante justificada expectativa no adimplemento de determinadas obrigações”⁴⁰⁷.

Daí porque a confiança é considerada “um elemento central na vida em sociedade e, em sentido amplo, é a base da atuação/ação organizada (...) do indivíduo”⁴⁰⁸.

A boa-fé objetiva, ao atuar em todo o *iter* contratual buscando promover o equilíbrio das partes e o exercício de direitos subjetivos pautados em deveres de lealdade, de proteção e de esclarecimento, considerando a igualdade substancial das partes e a dignidade da pessoa humana, promove a “defesa avançada da confiança e respeito de qualquer pessoa considerada em suas características intrínsecas”⁴⁰⁹.

⁴⁰⁷ MORAIS, M.C.B., *Notas sobre a promessa de doação*, p. 17.

⁴⁰⁸ MARQUES, C.L., *Novos temas na teoria dos contratos...*, p. 77. A jurista traz a lição de Niklas Luhmann que prescreve ser a confiança um dos elementos básicos comuns à vida em uma sociedade hipercomplexa como a sociedade do século XXI. A preocupação da autora focaliza a possibilidade de a sociedade aceitar que possa ser economicamente mais benéfico para os fornecedores causar danos aos consumidores. Para evitar que pensamentos como este imperem no meio social é que o Direito deve se fazer presente e enfrentar a suposta “nova crise” do direito privado, advinda da desconstrução da confiança nas relações jurídicas obrigacionais. Compete ao Direito impor o paradigma da boa-fé objetiva para todas as espécies contratuais, sempre visando o equilíbrio e a equidade dos contratos.

⁴⁰⁹ SOTO, P.N., *Novos perfis do direito contratual*, p. 263. Anota-se a opinião de CORDEIRO, A.M.R.M., *Da boa-fé no direito privado*, p. 1.234, segundo a qual a locução “aparência” não se mostra adequada para caracterizar o princípio da confiança fundado no princípio da boa-fé objetiva, consoante a qual posiciona-se o presente estudo. De acordo com o jurista, o termo “aparência” considera a aparência que tenha repercussões humanas, ao passo que, sob o cenário da boa-fé objetiva, a aparência não se mostra necessária para provocar a adesão a certas representações. Tal assertiva estaria motivada no fato de que a confiança se realiza na lealdade contratual e, como tal, se reconduz ao postulado da verdade, que deve ser inerente a todas as

A veste individualista e egoísta do contrato frustra-se diante da idéia contemporânea de justiça contratual, que consagra a pessoa humana, e não o patrimônio. O contrato passa de instrumento provedor de mera circulação de riquezas a ferramenta para remediar a desconfiança entre os sujeitos por meio da alocação de riscos, de modo a lograr uma maior segurança – econômica e jurídica – entre os parceiros contratuais e a viabilizar a realização dos interesses pretendidos por ambas as partes contratantes.

A aplicação do princípio da boa-fé objetiva determinando que as partes devem conduzir a relação jurídica contratual segundo parâmetros de correção e de lealdade, de modo que mutuamente contribuam para a concretização dos interesses, é que permitiu essa nova leitura do instrumento contratual.

As partes contratantes são obrigadas a evitar que resultados opostos àqueles contratados sejam alcançados. A desconformidade do comportamento de uma das partes da relação jurídica contratual com a conduta que era devida gera um desequilíbrio material e, por conseguinte, a responsabilidade pelas consequências do fato disforme.

A salvaguarda do equilíbrio econômico da relação jurídica interprivada é interesse objetivo do ordenamento jurídico. A aplicação do princípio da boa-fé objetiva nas relações jurídicas conduz a um reclamo ético no trato negocial, onde mister se faz o dever mútuo de solidariedade dos envolvidos e o dever recíproco de respeito à confiança gerada em ambos os pólos da relação obrigacional.

A vida social exige, portanto, um padrão médio de honestidade e moralidade a fim de que os sujeitos logrem o resultado útil a que se propõem os contratos celebrados⁴¹⁰.

relações jurídicas obrigacionais, situadas em torno da boa-fé objetiva. Para o autor, o termo “aparência” estaria ligado a uma concepção subjetiva da boa-fé, ao passo que a teoria da confiança, consubstanciada no dever geral de boa-fé, é construída sob pilares objetivos, onde “o princípio de comportamento segundo a boa-fé quer dizer que se deve actuar como, no tráfego, se é de esperar uns dos outros” (CORDEIRO, A.M.R.M., op. cit., p. 1.240).

⁴¹⁰ A proteção da confiança a que se pretende dar destaque neste estudo diz respeito às partes envolvidas na relação jurídica obrigacional, partindo-se do princípio da boa-fé objetiva e dos deveres acessórios de conduta que dele derivam. Entretanto, indispensável mencionar aqui que, da noção de confiança, surge também a teoria da aparência, conforme nota 400. A existência de um fato que faz parecer que algo é verdade quando não o é, produzindo efeitos jurídicos, motiva a preocupação com a aparência perante terceiros de boa-fé. Em um primeiro momento, o fundamento para a teoria da aparência residia no princípio da proteção aos terceiros de boa-fé e na necessidade de conferir segurança jurídica às relações obrigacionais. Para tanto, via-se no Código Civil Brasileiro de 1916, regras voltadas à tutela da aparência, v.g. quanto ao credor putativo (art. 935, atual art. 309 do CC/2002), ao herdeiro aparente (art. 1.600, atual art. 1.817 do CC/2002) e ao mandatário aparente (art. 1.318, atual art. 686 do CC/2002). Contemporaneamente, “o fundamento

Nesta linha, desenvolveu-se considerável doutrina a preconizar a existência do princípio geral da boa-fé objetiva para todas as relações jurídicas, alcançando aplicação na jurisprudência, no sentido de respeito à lealdade e equilíbrio nas relações obrigacionais, como standard de conduta, fundada na honestidade, na retidão, e, principalmente, na consideração para com os interesses do “alter”, visto como um membro do conjunto social que é juridicamente tutelado. Aí se insere a consideração para com as expectativas legitimamente geradas, pela própria conduta, nos demais membros da comunidade, especialmente no outro pólo da relação obrigacional⁴¹¹.

A massificação contratual e a despersonalização⁴¹² das relações jurídicas, aliadas à complexidade das relações obrigacionais, instituem um marco para a confiabilidade, que cada vez mais ganha importância em face da funcionalização do mercado.

Tais circunstâncias impossibilitam o aderente a alterar os termos dos contratos, uma vez que as cláusulas contratuais já se lhes apresentam redigidas, o que retira do contratante – ao menos em parte – o poder de negociação. Em contrapartida, a sua vulnerabilidade sobreleva a importância da confiança contratual.

No mercado de consumo, a publicidade⁴¹³ é hoje considerada uma das principais fontes de responsabilidade pela confiança despertada nos consumidores. As mensagens publicitárias são dotadas de extrema fluidez, de caráter

para o acolhimento da teoria da aparência tem sido apontado pela doutrina em razão das modificações sociais, necessidade de segurança nas relações e a proteção dos terceiros de boa-fé e de suas expectativas legítimas” (JACQUES, D.C., *A proteção da confiança no direito do consumidor*, p. 104), fazendo, assim, prevalecer a vontade declarada em detrimento da vontade interna. Neste campo, atuam conjuntamente a boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva. Conjugam-se a valoração da conduta do lesado porque agiu na crença e a valoração do comportamento da parte que permitiu, por ação ou por omissão, que a aparência errônea fosse criada: ligando o fenômeno objetivo da aparência – objetivo porque tomado a partir das circunstâncias do caso que geraram o erro do terceiro – ao subjetivo do erro. A teoria da aparência funda-se, portanto, na confiança legitimamente gerada no terceiro, em virtude da formação de uma situação aparente que produz efeitos jurídicos, razão pela qual se toma a aparência como realidade e se consideram as consequências jurídicas dela derivadas.

⁴¹¹ JACQUES, D.C., op. cit., p. 109.

⁴¹² Ao falar-se em despersonalização das relações jurídicas, convém ter em mente o resultado do fenômeno da massificação social, onde a produção em larga escala é voltada para um indeterminado número de sujeitos, em um mercado cada vez mais impessoal, e as contratações são feitas por meio de contratos de adesão, com cláusulas já redigidas por uma das partes, sem possibilidade de inserção de conteúdo pela outra, a quem cabe apenas aderir ou não aos termos expostos.

⁴¹³ Dispõe o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 30, *in verbis*: “Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado”. Proíbe a lei consumerista a publicidade enganosa ou abusiva, consoante prevê no artigo 37, *in verbis*: “É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva”.

transnacional, podendo consolidar certas marcas no mercado, de forma a persuadir o consumo de determinados produtos e serviços, devendo ser claras, precisas e verídicas porque atraem a confiança do consumidor. E, a partir do despertar da confiança, geram expectativas de comportamento e de qualidade na esfera jurídica do consumidor, cuja observância pelo fornecedor deve ser efetiva sob pena de violar a segurança econômica e jurídica necessária ao trato negocial.

A proteção da confiança efetiva-se por duas vias: por meio de disposições legais específicas e por meio de institutos gerais. As primeiras correspondem ao resultado do reconhecimento, pelo Direito, de situações típicas nas quais uma pessoa que legitimamente acredita em certo estado de coisas receba uma vantagem que, de outro modo, não lhe seria reconhecida⁴¹⁴. É a lei atuando como limitadora e como verdadeira legitimadora da autonomia da vontade, à procura do equilíbrio contratual, em uma sociedade massificada e desigual, visando “proteger determinados interesses sociais, valorizando a *confiança* depositada no vínculo, as *expectativas* e a *boa-fé* das partes contratantes”⁴¹⁵.

Por outro lado, os institutos gerais que promovem a tutela da confiança estão vinculados aos valores fundamentais da ordem jurídica, associados à regra objetiva da boa-fé.

O Código Civil de 2002⁴¹⁶ estabelece o dever das partes, na relação contratual, de respeitar o princípio da probidade e da boa-fé objetiva durante toda a continuidade do contrato. Por esta via, intenta tutelar as expectativas legitimamente despertadas junto aos contratantes, uma vez que ambas as partes devem agir com probidade e boa-fé ao longo do *iter* contratual.

É exigência do princípio da boa-fé objetiva, pelo qual a conduta das partes em uma relação jurídica deve se pautar pela lealdade e honestidade, que se proteja a confiança gerada em uma parte contratante, em decorrência de atitudes tomadas pela outra.

O princípio da confiança visa proteger as expectativas e os legítimos interesses gerados naqueles que contratam, tanto antes da formação do

⁴¹⁴ A lei civil dispõe acerca da proteção da confiança de terceiros por meio do reconhecimento da eficácia de efeitos jurídicos decorrentes de situações jurídicas protegidas pela teoria da aparência. Também o Código de Defesa do Consumidor traz regras voltadas à proteção da confiança do consumidor, como v.g. as normas referentes à publicidade, nos artigos 30 e seguintes. Conforme nota 310.

⁴¹⁵ MARQUES, C.L., *Contratos no Código de Defesa do Consumidor...*, p. 175.

⁴¹⁶ Código Civil de 2002, artigo 422. Conforme nota 73.

instrumento obrigacional, ou seja, na fase das tratativas, quanto no decorrer da execução contratual e após a sua conclusão, guardando íntima relação com a boa-fé objetiva⁴¹⁷.

A segurança das relações jurídicas depende, predominantemente, da lealdade e da confiança recíproca; a sua concreção no plano material-jurídico requer a consideração, pelos sujeitos envolvidos, dos interesses do *alter*, como membro do conjunto social juridicamente tutelado. Às partes contratantes cabe “agir com cooperação e lealdade, a fim de proteger os interesses recíprocos e o êxito do vínculo”⁴¹⁸.

As relações jurídicas obrigacionais contemporâneas possuem uma esfera de operatividade fundada no valor da dignidade humana, em cujo núcleo situa-se a confiança gerada em cada uma das partes contratantes.

A lei e a boa-fé objetiva têm por objeto a proteção desta confiança, com vistas a conduzir as relações jurídicas obrigacionais para a sua finalidade econômica e, concomitantemente, realizar as legítimas expectativas das partes contratantes. A par dos vícios da vontade⁴¹⁹ que por ventura possam frustrar o

⁴¹⁷ A título ilustrativo, traz-se como exemplo o caso Cica, julgado pela 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, julgado por maioria em 06.junho.1991. EMENTA: “Contrato. Tratativas. *Culpa in contrahendo*. Responsabilidade civil. Responsabilidade da empresa alimentícia, industrializadora de tomates, que distribui sementes, no tempo do plantio, e então manifesta a intenção de adquirir o produto, mas depois resolve, por sua conveniência, não mais industrializá-lo naquele ano, assim causando o prejuízo do agricultor, que sofre a frustração da expectativa da venda da safra, uma vez que o produto ficou sem possibilidade de colocação”. No caso em questão, os autores, plantadores de tomates, alegavam que haviam celebrado contrato de venda de safra com a empresa Cica, que após a colheita, recusou-se a receber o produto. Em sua defesa, a empresa Cica alega que não havia contratado com os plantadores, porque a partir daquele momento não mais industrializaria tomates na região. Aduziu que seu comportamento foi limitado à doação das sementes a intermediários que, por sua vez, as repassaram aos agricultores, pleiteando o indeferimento do pedido então formulado. Em que pese o voto vencido do Des. Sergio Pilla da Silva, e com base nas provas colacionadas aos autos, prevaleceu o entendimento de que não houve transparência de conduta por parte da empresa Cica e que, pelo dever de lealdade advindo do princípio da boa-fé objetiva, subsistia à Cica a responsabilidade por suscitar na outra parte – agricultores – a justa expectativa da celebração do negócio jurídico. Deste modo, restou protegida pelo Tribunal a confiança despertada nos plantadores, na medida em que se reconheceu a exigência da condução das atividades consoante a boa-fé. Concluiu o Des. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, hoje Ministro do STJ, que, apesar do poder decisório da empresa em retirar suas atividades da região e rescindir o contrato, deve ela “indenizar aqueles que lealmente confiaram no seu procedimento anterior e sofreram o prejuízo”.

⁴¹⁸ MELLO, A.M.T., *A função social do contrato e o princípio da boa-fé*, p. 153.

⁴¹⁹ A autonomia da vontade se manifesta por meio dos negócios jurídicos, que, para produzir efeitos, requer um ato volitivo, uma decisão assumida e exteriorizada. Casos ocorrem em que a vontade é formada contendo vícios, os quais podem comportar a simples falta de vontade, a ausência de liberdade ou, ainda, a liberdade não verdadeiramente autônoma. Os vícios da vontade são “perturbações do processo formativo da vontade, operando de tal modo que esta, embora concorde com a declaração, é determinada por motivos anômalos e valorados, pelo direito, como ilegítimos. A vontade não se formou de um <modo julgado normal e são>” (PINTO, C.A.M.,

adimplemento da relação obrigacional, também circunstâncias outras que atinjam o contrato, podem vir a malograr as expectativas que os contratantes depositam no contrato celebrado.

É preciso que as partes contratantes, em todos os momentos contratuais, ajam “com lealdade recíproca, dando as informações necessárias e evitando criar expectativas que sabem destinadas ao fracasso, impedindo a revelação de dados obtidos em confiança, não realizando rupturas abruptas e inesperadas das conservações, etc.”⁴²⁰.

As expectativas de prestação de serviços e de produtos seguros, adequados e de qualidade, são despertadas junto aos contratantes e traduzem uma exigência objetiva mínima de cuidados, de respeito e de lealdade no tratamento com a pessoa do outro contratante. São deveres de cooperação, de lealdade e de zelo para com o patrimônio e para com a pessoa do consorte derivados do dever geral de boa-fé imposto pela norma legal⁴²¹.

A sociedade contemporânea, ao deparar-se com um mundo globalizado, onde o desequilíbrio informativo e sócio-econômico se apresenta forte e concreto, e o abuso da autonomia privada oprime o contratante mais fraco e vulnerável, volta a sua atenção e a sua preocupação para a revalorização da palavra empenhada e da pessoa em sua dignidade. E desta nova leitura da relação contratual, valorizando-se a informação e se reconhecendo a confiança despertada e a respectiva necessidade de tutela, “o importante passa a ser o nexo das prestações e seu equilíbrio (*synalagma*), não a prestação em si, mas seus anexos, sua qualidade, sua funcionalidade, a informação que a acompanha, o *status* que assegura, a rapidez e a segurança quanto ao seu prestar”⁴²².

Teoria geral do direito civil, p. 498). O direito brasileiro assinala como vícios da vontade o erro-vício, o dolo e a coação moral, disciplinados no artigo 138 do Código Civil de 2002 e seguintes. A menção aos vícios de vontade no presente capítulo se faz oportuna na medida em que a autonomia privada e a tutela da confiança, concomitantemente, se contrapõem e se complementam. Explica CORDEIRO, A.M.R.M., *Tratado de Direito Civil Português*, p. 783, que “a autonomia privada exige que a vontade juridicamente relevante corresponda à vontade real, livre e esclarecida, do declarante. A tutela da confiança requer a protecção da pessoa que tenha dado crédito à declaração de outrem, mesmo quando esta não reúna todos os requisitos que um puro esquema de autonomia privada exigiria”. Deste modo, as soluções jurídicas para os problemas registrados quando colidem autonomia privada e tutela da confiança são traçadas consoante a relevância relativa assumida por cada um dos princípios.

⁴²⁰ AZEVEDO, A.J., *Responsabilidade pré-contratual...*, p. 25.

⁴²¹ Conforme nota 73.

⁴²² MARQUES, C.L., *Contratos no Código de Defesa do Consumidor...*, p. 169

E mais além: o princípio da igualdade, preconizado na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, *caput*⁴²³, implica na harmonização e na adequação do sistema, como um todo, e, considerando o ideal de justiça, busca promover entre as partes uma relação equilibrada e eqüitativa. E, (re)lendo o contrato como uma união de interesses equilibrados, enquanto instrumento de cooperação leal e proba, mister se faz a proteção da confiança mútua.

A não proteção da confiança fere, ademais, o princípio constitucional da igualdade, uma vez que se dispensa igual tratamento tanto àquele sujeito confiante como a outro não-confiante, de modo a tratar de modo igual o diferente.

A existência de uma *affectio* na celebração de um contrato tem por respaldo o sentimento da confiança, do crer no outro contratante que conduzirá sob as mesmas bases – de correção, de lealdade, de honestidade – a obrigação assumida.

A confiança goza de tutela jurídica porque o respeito aos limites impostos pelo ordenamento à liberdade contratual é necessário “para corrigir as profundas e freqüentes desigualdades substanciais entre os contratantes”⁴²⁴.

A tutela da confiança pretende proteger as expectativas legítimas que nasceram junto ao outro contratante, que confiou na postura do parceiro e assumiu obrigações em razão do vínculo criado através das declarações manifestadas⁴²⁵. Preserva-se, assim, a boa-fé objetiva e a confiança que um contratante depositou na declaração do consorte, e, por conseguinte, são protegidos os efeitos do contrato, o resultado útil que a ele se propuseram as partes, os seus legítimos interesses e a segurança da relação jurídica contratual.

Denota-se que a relativização da autonomia privada pela incidência dos valores constitucionais, sobretudo aqueles preconizados pelo princípio da boa-fé objetiva, fez deslocar a tutela subjetiva da vontade para a tutela objetiva da confiança.

Em período anterior ao Código Civil de 2002, a proteção da confiança fora resgatada, no Brasil, pelo Código de Defesa do Consumidor, por meio do qual a

⁴²³ Conforme notas 171 e 293.

⁴²⁴ DINIZ, M.H.; LISBOA, R.S. (coord.), *O direito civil no século XXI*, p. 337.

⁴²⁵ Ressalta-se, aqui, que, se o contratante sabia ou poderia razoavelmente saber que a vontade declarada não corresponde à real vontade interna da contraparte, não subsiste a teoria da confiança e os seus efeitos jurídicos. Neste sentido, MARQUES, C.L., op. cit., p. 233.

boa-fé objetiva e seus valores fundamentais passaram a nortear as relações jurídicas obrigacionais segundo parâmetros éticos de comportamento,⁴²⁶.

O princípio da confiança, nas relações de consumo, tem por escopo proteger as legítimas expectativas do consumidor acerca do vínculo contratual a que se obrigou, para que estejam adequadas ao fim que razoavelmente delas se espera.

O Código de Defesa do Consumidor Brasileiro tem dentre seus princípios fundamentais o princípio da confiança. Instituiu-o sob dois aspectos, consoante lição de Cláudia Lima Marques⁴²⁷:

1) a proteção da confiança no vínculo contratual, que dará origem às normas cogentes do CDC, que procuram assegurar o *equilíbrio* do contrato de consumo, isto é, do equilíbrio das obrigações e deveres de cada parte, através da proibição do uso de cláusulas abusivas e de uma interpretação sempre pró-consumidor; 2) a proteção da confiança na prestação contratual, que dará origem às normas cogentes do CDC, que procuram garantir ao consumidor a adequação do produto ou serviço adquirido, assim como evitar riscos e prejuízos oriundos destes produtos e serviços.

Logo, a finalidade da disciplina consumerista é “garantir ao consumidor a adequação do produto e do serviço, para evitar riscos e prejuízos oriundos destes produtos e serviços e para assegurar o ressarcimento do consumidor em caso de insolvência, de abuso ou desvio da pessoa jurídico-fornecedora”⁴²⁸.

Isto porque o consumidor deposita na prestação contratual a sua confiança quanto à adequação ao fim que espera do produto ou serviço, e quanto à segurança destes quando disponibilizados no mercado. Esta confiança é protegida pela legislação consumerista em vários de seus dispositivos, v.g. a responsabilidade do fornecedor pelos danos causados ao consumidor em face dos vícios por inadequação dos produtos, dos vícios de quantidade ou dos vícios de qualidade por falha na informação⁴²⁹.

⁴²⁶ Ante sua indissociável conexão com o princípio da boa-fé, o princípio da confiança recai tanto nos segmentos relacionados à disciplina de direito civil estrito senso, como sobre as relações jurídicas de caráter consumerista.

⁴²⁷ Id., *Contratos no Código de Defesa do Consumidor...*, p. 233.

⁴²⁸ SILVA, A.E.S., *Cláusula geral de boa-fé nos contratos de consumo*, p. 153.

⁴²⁹ Código de Defesa do Consumidor, artigo 6º, inciso VI; artigo 12, *caput*; e artigo 18, *caput*, *in verbis*: “São direitos básicos do consumidor: (...) VI- a efetiva proteção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”; “O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de

Logo, a tutela da confiança se justifica quando esta – confiança – tenha sido erigida em elementos razoáveis, passíveis de provocar a adesão de uma pessoa normal⁴³⁰ a uma relação jurídica obrigacional. O ordenamento jurídico passa, então, a tutelar as representações mentais daquele que confia, pois que das representações incitadas pelo outro consorte foram criadas legítimas expectativas.

Não se trata, como se vê, de um retorno ao subjetivismo jurídico, pois que, por força da boa-fé objetiva, verifica-se uma conexão entre os elementos da *psique* do sujeito contratante e dados externos, estimulados pela outra parte contratante, justificando a tutela judicial das legítimas expectativas contratuais que venham a ser frustradas.

Independentemente das possíveis variáveis concretas, a centralidade da confiança reside na aparência, estando em jogo as reações causadas aos contratantes que nela *confiam*, revelando-se, quando já em curso a execução da avença, a frustração de algum dever jurídico, dentre aqueles de cuidado, informação, segurança e cooperação. É o grande momento da aplicação da violação positiva do contrato, no qual o sujeito passivo faz o que estava vedado ou executa a conduta a que havia se obrigado, no entanto de modo imperfeito, uma vez que esta modalidade de descumprimento contratual se encontra inclinada para o lado dos deveres acessórios de conduta⁴³¹.

A confiança é um elemento imprescindível para a manutenção do grupo social. Na sua ausência, a sociedade se desfaz uma vez que a confiança torna vulnerável aquele que a deposita em favor de outrem, pois que aplaca as suas defesas. Enquanto elemento de estabilidade social, a preservação da confiança deve ser protegida.

Na sua falta, qualquer sociedade se esboroa. Em termos interpessoais, a confiança instalada coloca os protagonistas à mercê uns dos outros: o sujeito confiante abranda as suas defesas, ficando vulnerável. Seguidamente, todos os investimentos, sejam eles económicos ou meramente pessoais, postulam a credibilidade das situações: ninguém dá hoje para receber (apenas) amanhã, se

seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos”; e “Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas”.

⁴³⁰ Há que se considerar, em tal expressão, o que seja, para o Direito, uma “pessoa normal”, noção também difundida sob a idéia de “homem médio”. Trata-se do homem cujo grau de discernimento seja considerado médio, capaz de situar-se na realidade e no contexto que se encontra e de optar, entre circunstâncias, a que lhe convém, segundo seus interesses. Conforme nota 203.

⁴³¹ NALIN, P., *Do contrato: conceito pós-moderno.*, p. 157.

não houver confiança nos intervenientes e nas situações. Por fim, a confiança e a sua tutela correspondem a aspirações éticas elementares. A pessoa defraudada na sua confiança é, desde logo, uma pessoa violentada na sua sensibilidade moral. Paralelamente, o agente que atinja a confiança alheia age contra um código ético imediato⁴³².

A tutela da confiança pelo Direito é realizada com base no princípio da boa-fé objetiva. Exige, para tanto, certos requisitos, a saber: a existência de uma situação justificada de confiança a ser protegida, onde a expectativa criada advenha de uma credulidade atinente à uma pessoa normal, ao chamado “homem médio”⁴³³; a situação de confiança deve ter sido determinante do atuar do sujeito, sem a qual não teria ele praticado o ato jurídico; a existência de um benefício prático efetivo ao sujeito que despertou a confiança e um dano ou prejuízo àquele que confiou e agiu no sentido da expectativa criada; e, por fim, a necessidade de correspondência entre o responsável pela situação de confiança e o sujeito que a incutiu, posto que somente o indivíduo que deu azo à criação de uma situação de confiança é por ela responsável⁴³⁴.

O valor de confiabilidade intrinsecamente próprio do princípio da boa-fé objetiva em sua função normativo-integrativa, isto é, criadora de deveres jurídicos às partes a partir de parâmetros éticos mínimos, de probidade e de lealdade, é também circunscrito na sua função limitadora do exercício de direitos subjetivos⁴³⁵.

O reconhecimento do valor cogente contido nas cláusulas gerais da boa-fé e do controle judicial da validade do contrato sob tais bases determina que o exercício da autonomia privada e da liberdade contratual esteja limitado à correlação entre a lealdade contratual, a equivalência das prestações e ao valor da solidariedade social.

O exercício dos direitos subjetivos privados devem ser orientados consoante padrões de honestidade, de correção, de colaboração, de probidade, de solidariedade, e, principalmente, de lealdade.

⁴³² CORDEIRO, A.M., *Tratado de Direito Civil Português*, p. 414.

⁴³³ Conforme notas 203 e 430.

⁴³⁴ DELGADO, M.L.; ALVES, J. F., *Questões controvertidas no novo Código Civil* p. 416. Em igual sentido, CORDEIRO, A.M.R.M., *Da boa-fé no direito privado*, p. 1.248.

⁴³⁵ Neste sentido, CORDEIRO, A.M.R.M., *Da boa-fé no direito privado*, p. 1.247, aduz que “a confiança (...) é protegida quando, da sua preterição, resulta atentado ao dever de actuar de boa-fé ou se concretize um <abuso de direito>”.

O exercício de um direito subjetivo – tal como a fixação do conteúdo de uma cláusula contratual – somente será conforme a boa-fé objetiva quando a finalidade ou a função sócio-econômica para a qual se destina a relação jurídica obrigacional for atingida, considerando os interesses de ambos os sujeitos da relação contratual. Em não o sendo, isto é, sendo o contrato utilizado para uma finalidade ou para uma função distinta daquela para a qual foi celebrado, ou se o direito subjetivo foi empregado em circunstâncias desleais, será o seu exercício contrário à boa-fé.

A confiança despertada por meio das relações jurídicas interprivadas continua a ter como paradigma máximo a boa-fé objetiva. Esta determina “a proteção da *fides* do contratante mais fraco na fidelidade futura da atuação do contratante mais forte”⁴³⁶.

Neste ínterim, a boa-fé objetiva impede o recurso à exceção do contrato não cumprido – *exceptio non adimpleti contractus*⁴³⁷ – diante da teoria dos atos próprios.

A teoria dos atos próprios tem por escopo impedir que um sujeito, que tenha violado um dos deveres contratuais, venha a exigir do outro contratante o cumprimento dos respectivos deveres, ou, ainda, valha-se, àquele, do seu próprio inadimplemento para se beneficiar de disposição contratual ou legal.

A boa-fé paralisa o direito a invocar a *exceptio non adimpleti contractus* nas hipóteses em que se configura a representação refletida no adágio *turpitudinem suam allegans non auditur* ou *equity must come with clean hands*, como expressa lapidariamente o direito inglês. Este vem amparado na chamada *teoria dos atos próprios*, segundo a qual se entende que a ninguém é lícito fazer valer um direito em contradição com a sua anterior conduta interpretada objetivamente segundo a

⁴³⁶ MARQUES, C.L., *Novos temas na teoria dos contratos...*, p. 93.

⁴³⁷ O recurso à *exceptio de non adimpleti contractus*, sumariamente, requer um contrato sinalagmático, onde ambas as prestações devam ser prestadas simultaneamente e onde uma delas não o seja por uma das partes contratantes. Em um contrato sinalagmático – onde se verificam deveres contrapostos em um conjunto de equilíbrios recíprocos –, as partes se vinculam, cada qual, ao cumprimento de uma prestação; assim sendo, diante de uma prestação viciada, incompleta ou totalmente descumprida, a contraparte pode recusar efetuar a sua prestação, opondo a *exceptio* até que o vício seja remediado, ou que a obrigação seja cumprida na sua totalidade. “A exceção do contrato não cumprido visa satisfazer a justiça comutativa, impedindo que alguém seja obrigado a prestar sem ter recebido a contraprestação” (CORDEIRO, A.M.R.M., *Estudos de direito civil*, p. 140), observado o limite imposto pela boa-fé segundo o qual não se pode pretender opor a *exceptio* diante de uma falta pouco significativa. Significa que a parte que devia primeiro cumprir, em não o fazendo, não pode demandar da contraparte o cumprimento da obrigação que a este cabe efetuar. Todavia, a *exceptio* não pode ser levantada pela parte que esteja atuando em desconformidade com a ação realizada em momento anterior (*venire contra factum proprium*) ou que exija o cumprimento de um preceito, tendo, ela mesma, o desrespeitado anteriormente (*tu quoque*).

lei, segundo os bons costumes e a boa-fé, ou quando o exercício posterior se choque com a lei, os bons costumes e a boa-fé. O seu efeito primordial é *impedir que a parte que tenha violado deveres contratuais* exija o cumprimento pela outra parte, ou *valha-se do seu próprio incumprimento para beneficiar-se de disposição contratual ou legal*⁴³⁸.

A teoria dos atos próprios compreende duas vertentes: o *tu quoque* e o *venire contra factum proprium*. O primeiro torna-se evidente quando uma pessoa que, desrespeitando certo preceito, exige de outrem o seu acatamento, isto é, quando uma pessoa viola uma norma legal ou contratual e exige, com abuso, que a mesma situação jurídica seja aceita por outrem. A regra *tu quoque* perquire a impossibilidade ética e jurídica de alguém que desrespeita um comando vir a exigir de outra pessoa o respectivo acatamento.

A segunda regra, do *venire contra factum proprium*, expressa a essência do dever de agir de boa-fé ao coibir um comportamento contraditório, isto é, ao proibir o exercício de um direito subjetivo contrário a uma conduta assumida anteriormente pelo agente⁴³⁹.

O princípio postula dois comportamentos de uma única pessoa, lícitos e diferidos no tempo. Entretanto, o primeiro comportamento – dito *factum proprium* – é contrariado pela segunda conduta. Desta sorte, a expressão *venire contra factum proprium* significa a proibição do exercício de um direito contrariamente a um comportamento anterior, vedando prontamente a deslealdade e traduzindo “um freio erguido à pretensão de quem reclama algo em aberta contradição com o que havia anteriormente aceitado”⁴⁴⁰.

A proibição que repousa sobre o *venire contra factum proprium* se justifica na proteção da confiança da contraparte, sancionando-se a violação objetiva do dever de lealdade incumbido às partes contratantes pelo princípio da boa-fé. Proíbe-se a contrariedade à relação de confiança recíproca, necessária ao regular e saudável desenvolvimento do tráfego negocial e digna de tutela jurídica.

⁴³⁸ MARTINS-COSTA, J., *A boa-fé no direito privado*, p. 460.

⁴³⁹ Para tanto, suponha-se a seguinte situação: um vendedor de objetos usados não se responsabiliza por seus produtos, e ao surgir um problema, ele prontamente se dispõe a resolvê-lo, como o faz efetivamente. Agindo desta forma, ele renunciou ao seu direito de não consertar o bem, e, assim sendo, consoante NEVES, L.G.B., *Boa-fé e temas correlatos*, p. 25, não poderá cobrar pelo serviço realizado.

⁴⁴⁰ MARTINS-COSTA, J., *Diretrizes teóricas do novo Código Civil Brasileiro*, p. 136.

O seu fundamento técnico-jurídico – e daí reside a conexão com a boa-fé objetiva – reside na proteção da confiança da contraparte, a qual se concretiza, neste específico terreno, mediante a configuração dos seguintes elementos, objetivos e subjetivos: a) a atuação de um fato gerador de confiança, nos termos em que esta é tutelada pela ordem jurídica; b) a adesão da contraparte – porque confiou – neste fato; c) o fato de a contraparte exercer alguma atividade posterior em razão da confiança que nela foi gerada; d) o fato de ocorrer, em razão de conduta contraditória do autor do fato gerador da confiança, a supressão do fato no qual fora assentada a confiança, gerando prejuízo ou iniquidade insuportável para quem confiara⁴⁴¹.

Em ambos os casos, defeso o abuso, a contrariedade, o aproveitamento da própria torpeza, que afetam o equilíbrio recíproco de deveres e direitos contrapostos e existentes em uma relação jurídica contratual (sinalagmática).

O contrato, na sua atual veste jurídica, é instrumento de segurança das expectativas legitimamente despertadas. A exigência de um determinado comportamento quando se nega igual atuação ou o atuar contrário a uma conduta anterior frustram as expectativas que os contratantes depositaram no acordo.

A incidência do princípio da boa-fé objetiva nas relações jurídicas obrigacionais “representa o dever geral de não abusar, imposto expressamente àqueles que atuam no mercado”⁴⁴². A partir daí, a tutela da confiança passa a ser exigida quando uma pessoa, de modo efetivo, tenha atuado em certo sentido baseado na própria confiança, não podendo o ato ser desfeito sem prejuízos inadmissíveis ao sujeito.

Significa dizer que a confiança do contratante é gerada em representações fomentadas e estimuladas pelo outro contratante, e, a partir delas, forma uma realidade que merece guarida pelo Direito. Ao contrário, “uma confiança puramente interior, que não desse lugar a comportamentos, não requer proteção”⁴⁴³.

A confiança é um dos eixos centrais das condutas, viabilizada em razão do princípio da boa-fé objetiva, cuja valorização deve ser inerente ao sistema jurídico pois que dela se retira responsabilidades específicas.

Assim, uma pessoa que atue de forma negligente, na expressão da boa-fé subjetiva, em desrespeito aos deveres (objetivos) de cuidado, de informação e de lealdade, afeta a confiança depositada na relação jurídica pela outra parte.

⁴⁴¹ Id., *A boa-fé no direito privado*, p. 471.

⁴⁴² TEPEDINO, G. (coord.), *Problemas de direito civil-constitucional*, p. 322.

⁴⁴³ CORDEIRO, A.M.R.M., *Tratado de Direito Civil Português*, p. 412.

Esta assertiva abarca a lição de Antônio Manuel da Rocha Menezes e Cordeiro⁴⁴⁴, segundo a qual “a confiança constitui, por excelência, uma ponte entre as boas-fés objetiva e subjetiva, se fazendo presente em ambas”. Todavia, a sua atuação será produtiva quando confira um alcance material à boa-fé, onde a boa-fé subjetiva passe a indicar o momento essencial da confiança e, de outra banda, a boa-fé objetiva confira à confiança o embasamento juspositivo necessário quando falte uma disposição legal específica⁴⁴⁵.

As conseqüências advindas da violação da confiança, portanto, podem resultar “ou na preservação da posição nela alicerçada, ou num dever de indenizar o qual, por seu turno, ainda poderia atender ao interesse positivo, ou tão só, ao negativo”⁴⁴⁶.

Em suma, o agente que, em sociedade, desperta no outro expectativas legítimas, por estas fica responsável, pois a ele o Direito impõe um dever de correção, de honestidade, de lisura e de probidade, enfim, de lealdade no comportamento para com a outra parte, a fim de lhe evitar danos na sua pessoa ou no seu patrimônio.

A idéia de confiança reflete, assim, a importância do comportamento das partes dentro do tráfego jurídico. Reflete mais, uma preocupação social e solidarizante. Protege-se aquele que recebe a manifestação de vontade alheia, desde que esta seja séria e o declaratório não tenha por que duvidar de sua retidão. A visão da doutrina da confiança, porém, não pode ser de mão única. O comportamento do declarante e os limites de sua autodeterminação também devem ser considerados⁴⁴⁷.

Exige, assim, “*il principio dell’affidamento, in uno dei suoi significati più ampi, si manifesta nell’esigenza di una giustizia non formale, ma sostanziale (...), non alla tutela della volontà, ma alla composizione equa di un conflitto d’interessi*”⁴⁴⁸.

A quebra da confiança é analisada em cada caso concreto. Somente pode ser responsabilizado o sujeito que estava em condições de contratar, de cumprir

⁴⁴⁴ Id., *Da boa-fé no direito privado*, p. 1.250.

⁴⁴⁵ OLIVEIRA, U.M., *Princípios informadores do sistema de direito privado*, p. 68.

⁴⁴⁶ CORDEIRO, A.M.R.M., op. cit., p.1.249.

⁴⁴⁷ POPP, C., *Responsabilidade civil pré-negocial*, p. 116.

⁴⁴⁸ PIETROBON, V., *Errore, volontà e affidamento*, p. 170. Na tradução livre: “o princípio da confiança, em um dos seus significados mais amplos, se manifesta na exigência de uma justiça não formal, mas substancial (...), não voltada para a tutela da vontade, mas para a composição eqüitativa de um conflito de interesses”.

com os deveres inerentes ao contrato, e não o fez, pois que “ninguém pode ser obrigado a contratar se subjetiva e objetivamente não tem condições para isso”⁴⁴⁹.

Compete aos magistrados a interpretação dos negócios jurídicos⁴⁵⁰, e, por consequência, atentar para o respeito à boa-fé contratual, consubstanciada no valor constitucional da dignidade da pessoa humana, e para a proteção das expectativas legitimamente geradas nas partes contratantes.

Mister se faz recordar que a interpretação das relações intersubjetivas, esperada pela sociedade contemporânea, em nada se parece com a matriz individualista do século XIX, na qual “pouco ou nada significavam os direitos e as liberdades da pessoa humana, valorizando-se tão somente a órbita da patrimonialidade, ignorando distinções que hoje parecem ter a maior relevância”⁴⁵¹.

A dignidade da pessoa humana espera pela sua realização concreta, “tendo por base o recíproco reconhecimento desta condição entre os homens”⁴⁵². Ao Judiciário reservou-se a árdua tarefa de cingir a autonomia privada, a solidariedade constitucional e a justiça social, em prol do indivíduo, núcleo da ordem constitucional na contemporaneidade.

De acordo com Pietro Perlingieri⁴⁵³:

Onde o objeto de tutela é a pessoa, a perspectiva deve mudar; torna-se necessidade lógica reconhecer, pela especial natureza do interesse protegido, que é justamente a pessoa a constituir ao mesmo tempo o sujeito titular do direito e o ponto de referência objetivo da relação. A tutela da pessoa não pode ser

⁴⁴⁹ VENOSA, S.S., *Direito civil – teoria geral...*, p. 481.

⁴⁵⁰ Consoante se desprende da lição de DWORKIN, R., *O império do direito*, p. 291, a prestação jurisdicional traz consigo uma atitude interpretativo-construtiva, consubstanciada em princípios comuns aceitos pela comunidade. O direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, “que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas”. Ao interpretar o Direito à luz dos princípios jurídicos, o magistrado revela, segundo o jurista, a inexistência de uma estrutura argumentativa neutra, por meio da qual se resolveriam os conflitos exclusivamente a partir da aplicação das regras jurídicas. A interpretação mostra-se comprometida com a justificação da moral, não podendo ser concebida como meramente descritiva, pois que “o direito é estruturado sobre um conjunto coerente de princípios relativos à justiça, à equidade e ao *procedural due process*” (CHIURI, V.K., *Filosofia do direito e modernidade*, p. 133). Por tais razões, Dworkin assevera que o império do direito é definido por uma atitude interpretativa e, ao mesmo tempo, contestadora, o que faz com que cada cidadão seja responsável pelos seus compromissos em sociedade e para com os princípios que a regem.

⁴⁵¹ MORAES, M.C.B., *Notas sobre promessa de doação*, p. 17.

⁴⁵² MELGARÉ, P., *A jus-humanização das relações jurídicas...*, p. 228.

⁴⁵³ Id., *Perfis do direito civil*, p. 155.

fracionada em isoladas *fattispecie* concretas, em autônomas hipóteses não comunicáveis entre si, mas deve ser apresentada como problema unitário, dado o seu fundamento representado pela unidade do valor da pessoa.

A realização do livre desenvolvimento da pessoa e da sua dignidade, bem como da igualdade material entre as partes contratantes, no plano concreto da relação jurídica obrigacional, requer uma interpretação sistemática civil-constitucional, baseada em deveres recíprocos de solidariedade entre os contratantes e valores metajurídicos, para tanto pressupondo condutas corretas, leais e honestas.

Sob tais bases, dois elementos se apresentam de grande valia para o julgador, diante do caso concreto, aferir a responsabilidade pela inobservância dos deveres oriundos do princípio da boa-fé objetiva: a violação injustificada⁴⁵⁴ e a existência de confiança legítima.

A injustificada recusa em contratar ou em cumprir os deveres objetivamente assumidos no *iter* contratual é um dos pressupostos da responsabilidade civil pela quebra da confiança gerada nas partes em virtude da relação jurídica obrigacional pactuada.

De outro lado, a confiança representa uma das ferramentas de interpretação dos contratos, em face “do comum significado que as partes atribuem ao conteúdo negocial”⁴⁵⁵. A legítima confiança é fundamento para a continuidade dos negócios jurídicos e uma vez violada põe em risco a segurança jurídica das relações contratuais.

O reconhecimento da confiança no bojo da relação contratual deve ser realizado por meio de um juízo objetivo do conteúdo, das circunstâncias e da qualidade do contratante. Há que se atentar para os termos fixados pelas partes, para os fatos objetivos da realidade que tenham contribuído para a atividade do destinatário da declaração no momento da formação do contrato. Também a qualidade das partes é elemento imprescindível na análise da confiança no caso

⁴⁵⁴ No que concerne à caracterização da expressão “violação injustificada” ou “ruptura injustificada”, conforme nota 365.

⁴⁵⁵ NALIN, P., *Do contrato: conceito pós-moderno...*, p. 154. Aduz, ainda, o autor que as consequências práticas da incidência do princípio da confiança nas relações contratuais “variam entre a reexecução da prestação exatamente nos termos contratados, seja ela de fato ou de coisa, ou a sua transmutação para a esfera da responsabilidade civil” (Ibid., p. 159). Em quaisquer dos casos, não se pode perder de vista a aplicação do princípio da boa-fé objetiva em todas as fases da relação contratual, do qual derivam os deveres laterais de lealdade, de esclarecimento e de proteção, cuja salvaguarda é imperativa.

em concreto: “*sono così rilevanti per il giudizio di riconoscibilità, la particolare esperienza di un soggetto circa l’oggetto della prestazione, la sua professione e la posizione sociale*”⁴⁵⁶, não importando condições físicas ou espirituais que eventualmente tenham influenciado a parte a concluir um contrato.

Importante se faz sublinhar a íntima relação entre interpretação, economia da relação e disciplina do contrato, “*in particolare riconoscendo che lo stesso canone di ermeneutica (...) fonda sulla buona fede investe la ricostruzione del piano contrattuale di distribuzione dei rischi, la determinazione dell’equilibrio contrattuale*”⁴⁵⁷.

O princípio da confiança rejeita, portanto, qualquer valoração meramente formal do Direito, bem como a mera subsunção do fato à norma como meio de solucionar o conflito de interesses. Requer do Direito – e dos seus intérpretes –, ao invés, uma postura construtiva, harmonizando-se as normas protetoras da vontade e as normas protetoras da boa-fé objetiva⁴⁵⁸, com vistas à justiça substancial e ao equilíbrio contratual.

Como consequência, valoriza-se o comportamento integralmente considerado, levando-se em conta as expectativas geradas no *alter* em face de certa conduta. E, em face destas expectativas – se legítimas e justas –, impõe-se a valoração da confiança suscitada.

Do princípio da boa-fé decorrem deveres anexos ou acessórios de conduta, relacionados ao cuidado, à informação, à segurança e à cooperação dos contratantes, que têm, na tutela da confiança, o seu fio condutor.

À luz do século XXI, constitui papel fundamental do Direito salvaguardar a proteção das expectativas, conciliando o direito de cada um à liberdade contratual com as exigências “*della dimensione metaindividuale intrinseca ad*

⁴⁵⁶ PIETROBON, V., *Errore, volontà e affidamento*, p. 224. Na tradução livre: “são assim qualidades relevantes para o juízo de reconhecimento, a particular experiência de um sujeito acerca do objeto da prestação, a sua profissão e a posição social”.

⁴⁵⁷ D’ANGELO, A., *Contratto e operazione economica*, p. 72. Na tradução livre: “em particular, reconhecendo que o mesmo cânone de hermenêutica (...) que funda a boa-fé investe na reconstrução do plano contratual de distribuição de riscos, na determinação do equilíbrio contratual”.

⁴⁵⁸ O apelo à boa-fé objetiva como motivação das decisões judiciais em face da proteção da confiança e da imposição de uma postura leal e proba aos integrantes da relação jurídica contratual nem sempre se verifica na jurisprudência brasileira. Constatou MARTINS-COSTA, J., *A boa-fé no direito privado*, p. 421, que considerável parte das decisões fundadas na boa-fé lhe confere tão somente o caráter subjetivo, relacionando-a à crença errônea ou à ignorância excusável e voltada a uma responsabilização extracontratual. Decisões assim motivadas conduzem a um resultado antagônico ao que conduziria a aplicação do princípio da boa-fé objetiva em razão dos seus reflexos no *iter* contratual.

ogni rapporto umano, fondate sul rispetto della parola data e il rifiuto della legge del più forte”⁴⁵⁹.

A confiança se revela um dos pilares da construção do negócio jurídico, consolidada pelo princípio da boa-fé objetiva e dirigida à justiça substancial da relação obrigacional e à dignidade da pessoa humana.

A obrigação imposta pela boa-fé objetiva a qualquer das partes contratantes de salvaguardar a utilidade do contrato e de considerar, nas suas condutas, o interesse da contraparte, reconstrói o contrato a partir da distribuição dos riscos e da determinação do equilíbrio contratual.

Os deveres anexos de boa-fé traçam um caráter solidário ao programa contratual, conduzindo-o ao equilíbrio dos interesses, à cooperação leal entre os contratantes e à confiança recíproca na concretização das expectativas formadas.

A solidariedade materializa a igualdade substancial entre os sujeitos envolvidos em uma relação jurídica contratual por meio de um dever recíproco de colaboração, de reconhecimento mútuo da qualidade de ser humano em todo o *iter* negocial, impondo-lhes uma obrigação de equilíbrio.

Desta sorte, correlato ao dever de solidariedade contratual há o dever de responsabilidade, este mais amplo que a noção de mero dever de reparar um dano causado sob a premissa de *neminem laedere* da responsabilidade civil. Traduz também um dever de ser responsável pelo outro, justamente pelo reconhecimento – neste – da condição humana. Nas relações jurídicas intersubjetivas, as partes estão obrigadas a zelar pela proteção da pessoa e do patrimônio do outro contratante.

Os deveres de solidariedade e de responsabilidade viabilizam a convivência e a paz social, pois visam distribuir os benefícios sociais da vida em comum e equilibrar as forças atuantes no mercado. Tais deveres são exigências do princípio da boa-fé objetiva aplicado no âmbito das relações contratuais.

Em face destas perspectivas, a revisão dos antigos dogmas e conceitos do direito privado é imperiosa. Erige-se um novo modelo contratual, que, “além de

⁴⁵⁹ VITA, A., *Buona fede e common law*, p. 254. Na tradução livre: “das dimensões metaindividuais intrínsecas a cada relação humana, fundada sob o respeito à palavra dada e a recusa à lei do mais forte”.

satisfazer as necessidades dos contratantes, deve primar pela realização dos interesses sociais”⁴⁶⁰.

Nesta nova realidade, a confiança deve ser (re)valorizada “como valor preferencialmente tutelável no trânsito jurídico”⁴⁶¹ em todo o seu *iter*, de forma a preservar a pessoa enquanto ser humano, em detrimento do seu patrimônio, ao valorizar a lealdade na condução da relação jurídica obrigacional pelas partes. Outrossim, a quebra deste dever geral de lealdade, de satisfação das legítimas expectativas geradas no outro contratante encerra, por sua vez, uma obrigação de indenizar pelos danos advindos da ruptura injustificada.

A responsabilidade pela confiança gerada, pela lealdade, pela boa-fé objetiva nos contratos, prima pela estabilidade das relações jurídicas, pela segurança e pela ética, mas, sobretudo, preza pela pessoa que está criando o vínculo jurídico.

Sendo assim, a arquitetura do princípio da boa-fé em torno da tutela da confiança abre portas para a efetivação da ética nas relações contratuais e para a materialização de um novo paradigma: a conjugação da solidariedade contratual e do respeito à pessoa humana.

6. Conclusão

O Direito é um fenômeno dinâmico de relação de condutas, dotado de intersubjetividade. “*Nessun ordinamento sociale può disconoscere questa semplice verità: la vita si muove ed esige un perenne rinnovamento nelle posizioni*

⁴⁶⁰ CARDOSO, P., *Oponibilidade dos efeitos dos contratos...*, p. 125.

⁴⁶¹ FACHIN, L.E. (coord.), *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*, p. 115.

dei singoli consociati rispetto ai beni, in genere rispetto ai valori economici e sociali esistenti”⁴⁶². Por conseguinte, tal dinamicidade se reflete sobre as relações jurídicas obrigacionais.

O século XIX deixou na história do Direito as marcas do liberalismo econômico, do poder absoluto da vontade, da igualdade formal, da primazia do patrimônio sobre a própria pessoa. As grandes codificações demonstraram a força do individualismo e da incontestabilidade da autonomia da vontade ao considerar que a vontade, quando livremente manifestada, é instrumento de realização da justiça. Tal premissa levou a doutrina clássica a afirmar que “todo contrato é justo”.

A evolução da sociedade e o desenvolvimento do próprio mercado econômico demonstraram que a paridade e a igualdade das relações jurídicas interprivadas eram meramente superficiais, formais. Tal desequilíbrio intensificou-se com o fenômeno da massificação contratual, por meio do qual a relação jurídica obrigacional se despersonalizou e a contratação por adesão tornou-se usual.

Os egoísmos individuais se sobressaíam diante da vulnerabilidade da grande maioria da população, limitada à mera adesão aos termos estipulados unilateralmente por aqueles contratantes economicamente mais fortes, situação esta que dava margem a abusos e à inserção de cláusulas desequilibradas.

Com o crescente desenvolvimento da tecnologia e das formas de comunicação e com a intensificação das contratações em massa, a preocupação com a desigualdade e os abusos econômicos levou a sociedade contemporânea a exigir uma postura ativa do Estado perante a ordem econômica, de modo a viabilizar a solidariedade, o controle da liberdade contratual e a justiça social.

O Estado adquire a qualidade de “social” porque passa a intervir na ordem econômica para tutelar a igualdade real das partes contratantes e a dignidade da pessoa humana. Para tanto, consagra princípios constitucionais no âmbito da atuação do direito privado, voltados a limitar as forças volitivas e individualistas da autonomia privada. Dentre eles, a função social da propriedade e do contrato, a solidariedade e a boa-fé objetiva se destacam.

⁴⁶² BETTI, E., *Teoria generale del negozio giuridico*, p. 47. Na tradução livre: “Nenhum ordenamento social pode desconhecer esta simples verdade: a vida se move e exige uma perene renovação nas posições dos parceiros a respeito dos bens, em geral a respeito dos valores econômicos e sociais existentes”.

Tais medidas conduziram à abertura do sistema jurídico, redimensionando a autonomia privada à revalorização do homem, à primazia da pessoa humana sobre o patrimônio. Luiz Edson Fachin⁴⁶³ anuncia que este fenômeno de repersonalização do direito civil implica, “tal como uma *virada de Copérnico*, numa recentralização das relações jurídicas mais em torno da pessoa (em seu sentido concreto e pleno) menos ao redor do patrimônio em si mesmo”.

O direito privado despatrimonializou-se⁴⁶⁴. A normativa civilista se afasta do individualismo ao consagrar valores existenciais do homem previstos no texto constitucional. A dignidade humana, assim como a personalidade e o livre desenvolvimento da pessoa humana, passa a ter relevância para a prática contratual, haja vista a leitura constitucional dos dispositivos contratuais.

Todavia, equivocado seria pensar em uma sobreposição absoluta do interesse público sobre os interesses privados; em verdade, percebe-se que a realização do interesse público resulta na satisfação de inúmeros interesses individuais⁴⁶⁵, coletivamente considerados.

Assim, o contrato se transforma em instrumento de convivência social e de justiça eqüitativa⁴⁶⁶. E, ao atribuir-lhe, constitucionalmente, a solidariedade como uns dos valores jurídicos primordiais, supera-se a concepção de pessoa humana como elemento isolado, individual, provido de plenos poderes e direitos ilimitados e absolutos, em favor de uma concepção de pessoa como elemento social, provida de poderes e direitos limitados e de um interesse comum.

⁴⁶³ Id., *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*, p. 116.

⁴⁶⁴ Consoante NALIN, P., *Do contrato: conceito pós-moderno...*, p. 250, quando se faz referência à despatrimonialização do direito civil e, conseqüentemente, do contrato, deve-se ter em vista “a renovação dos propósitos do contrato contemporâneo, dentre o que se destaca atenção maior dispensada ao sujeito do que à produção e ao consumo, sem que com isso se sustente a superação do conteúdo do negócio, mesmo que, minimamente, retratado”.

⁴⁶⁵ Inclina-se a esta distinção, meramente qualitativa, PERLINGIERI, P., *Manuale di diritto civile*, p. 42, ao expor que “*non si subordina un interesse privato ad un interesse pubblico, si limita o si nega la tutela di un interesse privato poichè dal complesso delle regole e principi rilevanti per l'ipotesi concreta risulta che un altro interesse, riferibile sempre a individui, deve prevalere; in tale ipotesi il titolare dell'interesse finale prevalente può giovare dell'attività degli enti (eventualmente qualificati 'pubblici') che realizzano l'interesse strumentale corrispondente*”. Na tradução livre: “não se subordina um interesse privado a um interesse público, se limita ou se nega a tutela de um interesse privado porque do complexo das regras e princípios relevantes para a hipótese concreta resulta que um outro interesse, referente sempre aos indivíduos, deve prevalecer; em tal hipótese o titular do interesse final prevalente pode favorecer-se da atividade dos entes (eventualmente qualificados ‘públicos’) que realizam o interesse instrumental correspondente”.

⁴⁶⁶ Reafirma MARQUES, C.L., *Contratos no Código de Defesa do Consumidor...*, p. 168, que o contrato é hoje, além de instrumento de circulação de riquezas da sociedade, “também instrumento de proteção dos direitos fundamentais, realização dos paradigmas de qualidade, de segurança, de adequação dos serviços e produtos ao mercado”.

As pessoas adquirem um dever social de cooperação para a consecução do bem comum e para a efetivação de um valor-utilidade por meio das atividades que realizam, sempre com vistas à justiça social e à dignidade do homem.

Este espírito de socialidade que permeia a sociedade se faz presente em pleno século XXI. A suposta “crise” da autonomia privada e do contrato é, em verdade, o deslocamento do foco contratual do subjetivismo de outrora para o objetividade da atual sociedade, com vistas à tutela da confiança negocial como (re)afirmação da primazia da pessoa humana.

No tráfego jurídico, quando uma pessoa adere a uma relação jurídica obrigacional tendo confiado na existência ou na permanência de certas qualidades das pessoas, dos objetos ou das circunstâncias do pacto, ou, ainda, confiado na sinceridade e/ou nas promessas da contraparte, nascem legítimas expectativas na sua esfera jurídica.

O Direito, de modo algum, poderia permanecer alheio ou indiferente à eventual frustração destas expectativas, ou seja, da confiança despertada.

É condição *sine qua non* da convivência social pacífica que a confiança depositada em uma relação jurídica obrigacional seja honrada pelas partes. Exige-se o respeito pela palavra empenhada como forma de segurança no tráfego negocial e, sobretudo, como modo de proteção da dignidade da pessoa humana.

A confiança revela-se como um dos valores fundamentais da ordem econômica contemporânea, principalmente diante da evolução da tecnologia e da comunicação, em um mercado global onde as fronteiras não passam de obstáculos físicos, facilmente transpostos.

A imaterialidade dos bens, a contratação por adesão, a massificação social, a globalização das formas de contratação, são fenômenos que comprovam a indispensabilidade da proteção da confiança pelos ordenamentos jurídicos⁴⁶⁷.

Neste contexto, a contínua evolução do Direito tende a rejeitar a unificação da norma ao fato (realidade), isto é, a mera subsunção dos fatos à norma, mas será

⁴⁶⁷ De acordo com JACQUES, D.C., *A proteção da confiança no direito do consumidor*, p. 115, o anonimato e a distância entre os indivíduos têm despontado no mercado de consumo como características usuais das relações jurídicas, intensificando a complexidade destas na medida em que não é mais possível aos consumidores conhecerem toda a complexidade que envolve os fornecedores. Afirma, pois, ser esta a razão pela qual a confiabilidade é de fundamental importância para a efetiva funcionalidade do mercado.

a mais próxima desta se houver constante adequação entre a realidade social, econômica e política à realidade jurídica e vice-versa⁴⁶⁸.

O princípio da boa-fé objetiva é regra de interpretação, é limite ao exercício de direitos subjetivos, mas é, sobretudo, como regra de conduta, como standard jurídico, que a boa-fé objetiva permite aproximar o Direito da justiça social, integrando o fato e a norma. Esta acepção integrativa do princípio da boa-fé incute no comportamento dos sujeitos, em todas as fases do contrato, um dever recíproco de lealdade, sobre o qual, no mundo social, se depositam legítimas expectativas das partes envolvidas na relação obrigacional.

A boa-fé objetiva proporciona a inclusão de um padrão ético nas condutas privadas, a fim de que parâmetros de lealdade, honestidade, probidade e correção sejam observados pelas partes em suas ações ou omissões em todos os momentos do trato negocial.

A compreensão da relação obrigacional como um processo dinâmico, como uma totalidade complexa, onde se entrelaçam direitos e deveres de ambas as partes, é de fundamental relevância para entender o papel da boa-fé objetiva e a sua importância na tutela da confiança e na promoção da justiça social.

A complexidade do vínculo obrigacional traduz a idéia de que, além do dever de prestar simétrico, outros elementos jurídicos dotados de autonomia integram a relação obrigacional, a ponto de torná-la uma realidade composta. Tal fato se revela na existência de deveres anexos à prestação principal, que integram a relação jurídica e se estendem a ambos os contratantes, independentemente de qualquer convenção. São deveres oriundos do dever geral de boa-fé, isto é, do imperativo do princípio da boa-fé objetiva segundo o qual as partes contratantes devem se portar de acordo com padrões de lealdade, de veracidade, de cooperação, de lisura, denominados comumente de deveres acessórios de conduta.

A partir dos estudos do jurista alemão Hermann Staub, consubstanciados na tese da violação positiva do contrato, passou-se a considerar a possibilidade de condutas comissivas – a princípio lícitas – virem a ferir o escopo do contrato e ocasionar o descumprimento da relação obrigacional pela quebra de deveres acessórios de conduta, cujo fundamento reside no próprio princípio da boa-fé objetiva.

⁴⁶⁸ PERLINGIERI, P., *Perfis do direito civil*, p. 31.

A conduta leal, proba e correta que se exige de ambas as partes contratantes em todo o *iter* contratual, caso violada, importa na responsabilidade civil do causador do dano⁴⁶⁹.

Embora controvertida a natureza do regime que disciplina a responsabilidade pela quebra dos deveres acessórios – a doutrina se divide ora pendendo para o regime contratual⁴⁷⁰, ora para o regime extracontratual, e em que pese a sua relevância, tal não altera as situações fáticas e caberá ao juiz, diante do caso em concreto, optar entre a caracterização da responsabilidade como contratual ou extracontratual.

Certo é que da ofensa a deveres acessórios de conduta, quer nas tratativas, quer no decorrer da execução do contrato ou em momento ulterior à extinção do vínculo obrigacional, subsiste a responsabilidade do agente causador do dano. Especialmente porque o princípio da boa-fé estabelece uma relação de confiança entre as partes contratantes que não pode ser desprezada em quaisquer das fases da relação jurídica intersubjetiva.

A proteção das legítimas expectativas despertadas nos contratantes não importa, de modo algum, no sacrifício econômico de uma das partes para preservar determinada relação jurídica nos moldes em que ela foi traçada. Ao contrário, a boa-fé objetiva realça a necessidade de se estabelecer um ponto de equilíbrio nas relações jurídicas obrigacionais, visando atender aos interesses de ambas as partes e da própria sociedade, uma vez que “o dever que promana da concreção do princípio da boa-fé é dever de consideração para com o ‘alter’”⁴⁷¹.

O dever de solidariedade⁴⁷² esculpido no princípio da boa-fé objetiva pressupõe a colaboração das partes integrantes da relação jurídica obrigacional,

⁴⁶⁹ Como visto, os deveres acessórios advindos do princípio da boa-fé objetiva estão presentes em todas as fases contratuais, compreendendo a fase pré-contratual (ou fase das tratativas), a fase contratual referente ao decurso do próprio contrato, ou seja, a sua execução, e a fase ulterior à conclusão do pacto, denominada fase pós-contratual. Em todas as situações, a ofensa a deveres acessórios de conduta implica na respectiva responsabilidade, seja ela pré-contratual, contratual ou pós-contratual.

⁴⁷⁰ Em que pesem opiniões contrárias, parece-nos ser aplicável o regime contratual da responsabilidade civil nos casos em que os deveres acessórios de conduta sejam violados e em quaisquer das fases da relação jurídica contratual. Isto porque corroboramos o entendimento segundo o qual a boa-fé objetiva integra o contrato como um dos seus elementos indispensáveis e, ao lado dos sujeitos, da vontade, do objeto, coloca-se como medidor da validade dos negócios jurídicos. Em igual sentido, NALIN, P., *Do contrato: conceito pós-moderno*, p. 140.

⁴⁷¹ SILVA, C.C., *A obrigação como processo*, p. 29.

⁴⁷² A solidariedade é também um dos valores fundamentais da ordem jurídica brasileira, ao lado da função social da propriedade, da dignidade da pessoa humana, instituída pela Carta Constitucional de 1988. Este princípio – ou valor, consoante interpretação de NALIN, P., *Do contrato: conceito*

onde a concorrência existe, mas não dá lugar à oposição, uma vez que o propósito do contrato baseia-se em um fim comum e para a sua realização é necessária a cooperação entre as partes.

A solidariedade importa, para as partes contratantes, “*el deber social de cooperar a la consecución del bien común, del cual, obviamente participa. (...) Ello obliga a la persona a colaborar en la realización de las otras personas, para lo cual debe también abstenerse de toda acción contraria a esse propósito*”⁴⁷³.

A conduta de solidariedade entre os sujeitos contratantes é de fundamental importância para a obtenção do resultado útil do contrato e a satisfação mútua de interesses, no sentido de ser imperiosa a colaboração entre eles em todos os momentos da contratação.

A união de esforços em prol do equilíbrio das prestações e da cooperação recíproca dá azo à confiança mútua.

O desafio da nossa geração consiste, basicamente, em conciliar a democracia política (advinda da necessidade de o Estado participar ativamente da ordem econômica, caso contrário seria o Estado dominado pelo poderio econômico privado) com as aspirações sociais, a concentração econômica e o desenvolvimento tecnológico. Trata-se de transformar o dirigismo num planejamento dialogado, que deve decorrer dos entendimentos entre iniciativa privada e a administração, consagrando-se, assim, a democracia tanto no plano econômico, como político e garantindo-se os direitos individuais e sociais, que constituem a condição indispensável do desenvolvimento de qualquer sociedade. A meta a ser alcançada não é o simples processo econômico de caráter quantitativo, representado pelo aumento do produto nacional bruto, ou da renda *per capita*, mas uma modificação de caráter qualitativo que assegura a todos melhores condições de vida⁴⁷⁴.

pós-moderno, p. 179 – escapa à concepção individualista e egoísta do antigo regime do direito das obrigações, até então ditado pelo Código Civil de 1916. Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, e nos encaixos do Código de Defesa do Consumidor, a solidariedade é elemento de grande importância das relações jurídicas interprivadas, e, ao lado da boa-fé objetiva, constitui um dos pilares sob os quais as partes devem pautar e alicerçar seus interesses ao celebrarem um contrato.

⁴⁷³ ITURRASPE, J.M., *Interpretación económica de los contratos*, p. 31. Na tradução livre: “no dever social de cooperar para a consecução do bem comum, do qual, obviamente participa. (...) E obriga a pessoa a colaborar para a realização de outras pessoas, para a qual deve também abster-se de toda ação contrária a esse propósito”.

⁴⁷⁴ WALD, A., *Curso de direito civil brasileiro*, p. 191.

Ao Direito compete promover essa mudança qualitativa nas relações jurídicas obrigacionais, tornando o dever geral de agir de boa-fé uma realidade concreta no direito das obrigações e a tutela da confiança um valor inerente ao contrato.

O direito privado, e em especial o direito contratual, deve ser repensado na sociedade contemporânea a partir do princípio da boa-fé objetiva, a fim de que a lealdade, a correção e a solidariedade sejam de fato premissas a serem, desde o início das tratativas, consideradas pelas partes de uma relação jurídica contratual.

À interpretação do Direito cabe promover esta releitura, a partir de aspectos econômicos, sociais e éticos, dado o “amplo reconhecimento da efetividade dos valores constitucionais”⁴⁷⁵ com vistas à materialização da proteção da dignidade da pessoa humana.

A confiança no trato negocial merece a devida tutela jurídica dada a necessidade de proteger “as expectativas legítimas que nasceram no outro contratante, o qual confiou na postura, nas obrigações assumidas e no vínculo criado através da declaração do parceiro”⁴⁷⁶.

O contrato que imponha prestações iníquas, com vantagens excessivas e injustificadas a apenas uma das partes, que frustre as legítimas expectativas de um dos contratantes, se mostra completamente incompatível com o ideal de justiça pretendido pela ordem constitucional em prol da pessoa humana e sua dignidade. Trata-se, de fato, de um contrato injusto, desequilibrado, que não produz eficácia frente à inobservância ao preceito ético da boa-fé objetiva.

Consoante Clóvis do Couto e Silva⁴⁷⁷, a aplicação do princípio da boa-fé e a observância dos deveres dele decorrentes apresentam-se indispensáveis para harmonizar, ou melhor, para conciliar o rigorismo lógico-dedutivo da ciência do Direito do século XIX “com a vida e as exigências éticas atuais, abrindo, por assim dizer, no ‘hortus conclusus’ do sistema do positivismo jurídico, ‘janelas para o ético’”.

Aqui a atividade do intérprete reflete sua verdadeira importância, atividade esta consubstanciada em critérios de ordem objetiva, permitindo, com a aplicação do princípio da boa-fé, superar os paradigmas clássicos e desenhar uma nova

⁴⁷⁵ SCHREIBER, A., *Novas tendências da responsabilidade civil brasileira*, p. 46.

⁴⁷⁶ MARQUES, C.L., *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, p. 232.

⁴⁷⁷ Id., *A obrigação como processo*, p. 42.

postura para as relações jurídicas interprivadas, baseado na incidência de uma carga ética e na proteção da confiança legitimamente despertada nas partes contratantes.

A confiança deve ser tutelada pelo Direito “justamente porque é, normalmente, condição, influência decisiva ou causa da conduta negocial”⁴⁷⁸, isto é, porque provoca no meio social determinados comportamentos que geram interesses legítimos que fazem jus à proteção do ordenamento jurídico.

Valores como a sociabilidade, a solidariedade, a eticidade, se relacionam com a confiança e permeiam todo o Direito da contemporaneidade, projetando-se sobre os contratos e deles exigindo relevância social⁴⁷⁹. A Constituição Federal de 1988, o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002 têm por escopo, no direito brasileiro, superar o caráter individualista da legislação anterior, valorizando direitos fundamentais e a igualdade substancial entre os indivíduos, de forma a fazer prevalecer, sobre os interesses individuais, os interesses coletivos, tendo como norte o princípio da dignidade da pessoa humana.

As diretrizes sociais pretendem a “*costruzione di una nuova dignità del cittadino, con un nuovo pluralismo delle fonti del diritto, con, in breve, una nuova ‘complessità’ che ha condotto ad un diritto ‘flessibile’ e ‘negoziato’*”⁴⁸⁰.

Neste ínterim, não só a teoria da aparência e a remessa à boa-fé objetiva conferem especial proteção às relações jurídicas da sociedade contemporânea. Nesta, onde os contratos se cristalizam em torno da própria aparência, onde a prestação é desmaterializada, onde a informação é transitória e o conhecimento é essencial, há que se acrescentar aos princípios contratuais um paradigma qualificado: a valorização da confiança como núcleo das condutas sociais, “dela retirando responsabilidades específicas”⁴⁸¹.

A realidade contemporânea requer uma visão dinâmica das relações jurídicas obrigacionais. Ao deparar-se com a despersonalização dos contratos, com a massificação social, com o desequilíbrio intenso entre as partes contratantes, imperioso este novo paradigma, esta nova postura, centralizando a

⁴⁷⁸ MARQUES, C.L., *Novos temas na teoria dos contratos...*, p. 85.

⁴⁷⁹ CARDOSO, P., *Oponibilidade dos efeitos dos contratos...*, p. 127.

⁴⁸⁰ MARINO, I., *Diritto, amministrazione, globalizzazione*, p. 26. Na tradução livre: “a construção de uma nova dignidade do cidadão, com um novo pluralismo das fontes do direito, com, em breve, uma nova “complexidade” que tenha conduzido a um direito “flexível” e “negociado””.

⁴⁸¹ MARQUES, C.L., *Novos temas na teoria dos contratos...*, p. 86.

confiança mais do que um princípio ao lado da boa-fé objetiva, mas como suporte do próprio contrato.

7.

Referências Bibliográficas

ALPA, Guido. *Istituzioni di diritto privato*, 2ª ed., Turim: UTET, 1997.

_____. *Nuove frontiere del diritto contrattuale*, Roma: Edizioni SEAM, 1998 .

_____. *Appunti sulla buona fede integrativa nella prospettiva storica del commercio internazionale. Rivista I Contratti – dottrina e giurisprudenza*, ano IX, nº 7, p. 723-729, jul. 2001.

_____. *Nuovi progressi del diritto contrattuale europeo. Rivista I Contratti – dottrina e giurisprudenza*, ano XIII, nº 6, p. 625-626, jun. 2005.

_____; ZATTI, Paolo. *Lecture di diritto civile*, Turim: CEDAM, 1990.

_____; _____. *La riforma del Código Civile – atti del XIII Congresso Nazionale dell'Associazione Italiana Giovani Avvocati*, Turim: CEDAM, 1994.

_____ et.al., *Analisi economica del diritto privato*, Milão: Giuffrè Editore, 1998.

ALTERINI, Atílio Aníbal. *Responsabilidad objetiva derivada de la generación de confianza. Revista de Direito Civil*, nº 73, p. 5-16, jul/set. 1995.

ALTHEIM, Roberto. A atividade interpretativa e a imputação do dever de indenizar no direito civil brasileiro contemporâneo. *Revista dos Tribunais*, nº 841, p. 127-148, nov. 2005.

AMARAL, Francisco Piedade. *Direito Civil – Introdução*, 5ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

AMARAL JR., Alberto; PERRONE-MOISÉS, Cláudia (org.). *O cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem*, São Paulo: Edusp, 1999.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito: introdução e teoria geral – uma perspectiva luso-brasileira*, Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Comentários ao Código Civil – parte especial – do direito das obrigações – arts. 927 a 965*, vol. XI, São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-*

contratual no direito comum. **Revista Direito do Consumidor**, nº 18, p. 23-31, abr/jun. 1996.

_____. O princípio da boa-fé nos contratos. **Revista CEJ**, nº 9, p. 40-44, set/dez. 1999.

BARCELLONA, Pietro. *Diritto privato e società moderna*, Nápoles: Jovene Editore, 1996.

BAFFI, Enrico. *I limiti all'autonomia contrattuale nel pensiero economico e filosofico contemporaneo*, **Rivista Critica del Diritto Privato**, ano XXII, nº 4, p. 631-672, dez. 2004.

BECKER, Anelise. Inadimplemento antecipado do contrato. **Revista do Direito do Consumidor**, nº 12, p. 68-78, out/dez. 1994.

BELMONTE, Cláudio Petrini. Principais reflexos da sociedade de massas no contexto contratual contemporâneo – disposições contratuais abusivas. **Revista de Direito do Consumidor**, nº 43, p. 133-155, jul./set. 2002.

BENEDETTI, Alberto Maria. *Autonomia privata procedimentale: la formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, Turim: G. Giapicchelli Editore, 2002.

BESSONE, Mario. *Casi e questioni di diritto privato: il contratto in generale – il contratto nella società moderna*, vol. I, Milão: Giuffrè Editore, 2002.

_____. (org.). *Tratatto di Diritto Privato: il contratto in generale – la buona fede*, vol. XIII, tomo IV, Turim: G. Giapicchelli Editore, 2004.

BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*, Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 1994.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**, 8ª ed., São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BOGDANDY, Armin Von. *Democrazia, globalizzazione e futuro del diritto internazionale*. **Rivista di diritto internazionale**, vol. 2, p. 317-344, 2004.

BOLSON, Simone Hegele. O princípio da dignidade da pessoa humana, relações de consumo e o dano moral ao consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, nº 46, abr./jun. 2003.

BUSNELLI, Francesco Donato. *Note in tema di buona fede ed equità*. **Rivista di Diritto Civile**, ano XLVII, vol. 1, p. 537-559, 2001.

BUSSANI, Mauro. *I Singoli contratti – contratti moderni, factoring, franchising, leasing*, vol. 4, Turim: UTET, 2004.

CALASSO, Francesco (coord.). *Enciclopedia del diritto*, tomo V, Milão: Giuffrè Editore, 1959.

CALVARI, Francesca. *Equilibrio normativo ed equilibrio economico nei contratti dei consumatori: dialogo tra la giurisprudenza italiana e tedesca*. **Rivista Contratto e impresa: dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale diretti da Francesco Galgano**, ano XX, nº 1, p. 40-75, jan/abr. 2004.

CARDOSO, Patrícia. Oponibilidade dos efeitos dos contratos: determinante da responsabilidade civil do terceiro que coopera com o devedor na violação do pacto contratual. **Revista Trimestral de Direito Civil**, nº 20, p. 125-150, out/dez. 2004.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. O direito do consumidor no limiar do século XXI. **Revista de Direito do Consumidor**, nº 35, p. 97-108, jul/set. 2000.

CECCHERINI, Eleonora. *La codificazione dei diritti nelle recenti costituzioni*, Milão: Giuffrè Editore, 2002.

CHERUBINI, Maria Carla. *Tutela del <contraente debole> nella formazione del consenso*, Turim: G. Giappichelli Editore, 2005.

CHUEIRI, Vera Karan de. **Filosofia do direito e modernidade: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos**, Curitiba: J.M. Editora, 1995.

CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha Menezes e. **Tratado de Direito Civil Português – parte geral**, tomo I, 3ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2005.

_____. **Da Boa-fé no direito civil**, Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

_____. **Estudos de direito civil**, vol. I, Coimbra: Livraria Almedina, 1987.

_____. A defesa do consumidor no limiar do século XXI. **Globalização e direito – Boletim da Faculdade de Direito – Universidade de Coimbra**, p. 35-47, 2003.

COSTA, Geraldo de Faria Martins da. Dois aspectos da aplicação da norma de lealdade e boa-fé no interesse dos consumidores e dos concorrentes. **Revista de Direito do Consumidor**, nº 23-24, p. 193-197, jul/dez. 1997.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Noções de direito civil**, 3ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1991.

COSTAGLIOLA, Anna. **Compendio di Istituzioni di Diritto Privato (Diritto Civile)**, 7ª ed., Nápoles: Edizioni Simone, 2003.

D'ANGELO, Andrea. **Contratto e operazione economica**, Turim: G. Giapicchelli Editore, 1992.

_____; MONATERI, Pier Giuseppe; SOMMA, Alessandro. **Buona fede e giustizia contrattuale – modelli cooperativi e modelli conflittuali a confronto**, Turim: G. Giapicchelli Editore, 2005.

D'AMICO, Giovanni. **Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto**, Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 1996.

DE LUCA, Valério. *Autonomia privata e mercato telematico nel sistema delle fonti*, Milão: Giuffrè Editore, 2004.

DELFINI, Francesco. *Autonomia privata e rischio contrattuale*, Milão: Giuffrè Editore, 1999.

DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo. **Questões controvertidas no novo Código Civil**, vol. 1, São Paulo: Editora Método, 2004.

DEL PRATO, Enrico. *Violazioni del contratto: danni e rimedi*, Milão: Giuffrè editore, 2003.

DINIZ, Maria Helena; LISBOA, Roberto Senise (coord). **O Direito Civil no século XXI**, São Paulo: Saraiva, 2003.

DOMONT-NAERT, Françoise. As tendências atuais do direito contratual no domínio da regulamentação das cláusulas abusivas. **Revista do Direito do Consumidor**, nº 12, p. 17-24, out /dez. 1994.

DONNINI, Rogério Ferraz. **Responsabilidade pós-contratual – no novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor**, São Paulo: Saraiva, 2004.

DUARTE, Ronnie Preuss. Boa-fé e abuso de direito no novo Código Civil Brasileiro. **Revista Direito Mackenzie**, vol. I, nº 1, p. 155-183, jan/jun. 2000.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo, São Paulo: Martins fontes, 1999.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais – elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

FABRI, Andréa Queiroz. Função social da propriedade e os novos ramos do Direito. **Revista Jurídica UNIJUS/Universidade de Uberaba - Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, vol. I, nº 1, p. 107-117, 1998.

FACHIN, Luiz Edson (coord.). **Repensando fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**, Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FERNANDES NETO, Guilherme. **Direito da Comunicação Social**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. *Per un costituzionalismo di diritto privato*, **Rivista Critica del Diritto Privato**, ano XXII, nº 1, p. 11-24, março 2004.

FERRARESE, Maria Rosaria. *Le istituzione della globalizzazione: diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna: Mulino, 2000.

FERREIRA, Aparecido Hernani. **O novo Código Civil – discutido por juristas brasileiros**, Campinas: Bookseller, 2003.

FERRERA, Mauricio. *Stato sociale e mercato mondiale: il Welfare State europeo sopravviverà alla globalizzazione dell'economia?*, Turim: Fondazione Giovanni Agnelli, 1993.

FERRI, Giovanni B. *Dall'economia della bontà all'economia del dolore – due saggi di diritto civile*, Milão: Cedam, 2003.

FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno T. de Oliveira. **Direito Civil – atualidades**, Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FRADERA, Vera Maria Jacob de (org.). **O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. A quebra positiva do contrato. **Revista da AJURIS – Associação dos magistrados do Rio Grande do Sul**, nº 44, p. 144-152, 1999.

FRANÇA, Corte de Apelação de Grenoble. Recurso de apelação. Apelação nº 96J/00101, Apelante: Sarl Shoes General Internacional – S.G.I. Apelada: Sté Calzados Magnanni, Grenoble, 21 de outubro de 1999. Disponível em: <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=415&step=FullText>. Acesso em: 27 de junho de 2006.

FRANZESE, Lucio. *Il contratto oltre privato e pubblico – contributi della teoria generale per il ritorno ad un diritto unitario*, Padova: CEDAM, 1998.

GABRIELLI, Enrico. *Studi sui contratti*, Turim: G. Giappicchelli editore, 2000.
_____. *Alea e rischio nel contratto*, Napoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 1997.

GALGANO, Francesco. *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Mulino: Saggi, 2005.

_____. *Commentario del Codice Civile – degli effetti del contratto della rappresentanza del contratto per persona da nominare – art. 1375-1405*, Bologna: Zanichelli Editore, 1993.

_____. *Diritto privato*, 9ª ed., Padova: Cedam, 1996.

_____. *I rapporti di scambio nella società post-industriale. Il Diritto privato futuro – Università degli Studi di Camerino, Scuola di specializzazione in diritto civile*, nº 15, p. 61-72, 1993.

GALLINO, Luciano. *Globalizzazione e disuguaglianze*, Roma: Editori Laterza, 2000.

GARCIA, Enéas Costa. **Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé**, São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

GAROFALO, Luigi. *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, vol. III, Padova: Cedam, 2003.

GHESTIN, Jacques. *Traité de droit civil: sur la formation du contrat*, 3^a ed., Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1993.

_____. *Etudes offertes a Jacques Ghestin: le contrata au debut du 21 siecle*, Paris: LGDJ, 2001.

GIORGIANI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras, **Revista dos Tribunais**, ano 87, n° 747, p. 35-55, jan. 1998.

GOMES, Orlando. **Direitos reais**, 18^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. **Obrigações**, Rio de Janeiro: Forense, 1997.

GOMES, Rogério Zuel. A boa-fé objetiva e a sua função de equilíbrio na relação contratual. **Revista Bonijuris**, ano XV, n° 473, p. 13-16, abr. 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil – de acordo com o novo Código Civil – lei n° 10.406, de 10-1-2002**, 8^a ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

GRISI, Giuseppe. *L'autonomia privata – diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*, Milão: Giufrè Editore, 1999.

HANNA, Munira. Repersonalização e constitucionalização: superação do paradigma patrimonialista, **Revista da AJURIS/Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul**, vol. 32, n° 98, junho/2005.

HEDEMANN, J.W., *Derecho de Obligaciones*, vol. III, Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958.

IRTI, Natalino. *Consolidazioni e codificazioni degli leggi civili. Il codice civile: convegno del cinquantenario dedicato a Francesco Santoro-Passareli*, Roma: Academi Nazionale dei Licei, p. 245-252, 1994.

_____. *Concetto giuridico di mercato e dovere di solidarietà. Rivista di Diritto Civile*, ano XLIII, n° 2, 185-191, 1997.

_____. *L'ordine giuridico del mercato*, Roma: Editori Laterza, 1998.

ITURRASPE, Jorge Mosset. *Interpretacion economica de los contratos*, Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 1994.

JACQUES, Daniela Corrêa. A proteção da confiança no direito do consumidor. **Revista Direito do Consumidor**, nº 45, p. 100-125, jan/mar. 2003.

LANZILLO, Raphaela, *La proporzione fra le prestazioni contrattuali*, Padova: CEDAM, 2003.

LARENZ, Karl. *Derecho Civil: parte general*, tradução de Miguel Figueiredo e Macías-Picavea, Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil – contratos e declarações unilaterais: teoria geral e espécies**, vol. 3, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

_____. Direito na sociedade da informação. **Revista dos Tribunais**, nº 847, p. 78-95, maio 2006.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas**, São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. Contrato e mudança social. **Revista dos Tribunais**, nº 722, p. 40-45, dez. 1995.

_____. Princípios sociais dos contratos no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. **Revista de Direito do Consumidor**, nº 42, p. 187-197, abril/jun. 2002.

LORENZETTI; Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

LOTUFO, Renan. **Curso avançado de direito civil – parte geral**, vol. 1, 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

LUONI, Cecília Cagnoni. *Collegamento negoziale e mancata applicazione al principio di buona fede. Rivista di dottrina e giurisprudenza*, ano XIII, nº 1, p. 28-33, jan. 2005.

MAIA, Roberta Mauro Medina. Notas sobre as declarações do segurado na fase pré-contratual: os efeitos da boa-fé objetiva sobre a cláusula perfil. **Revista Trimestral de Direito Civil**, nº 23, p. 77-104, jul/set. 2005.

MAJO, Adolfo di. *Obbligazioni in generale*, Bologna: N. Zanichelli Editore, 1985.

MANENTI, Ruggero. *Il principio di interpretazione del contratto secondo buona fede. Rivista I Contratti*, ano IX, nº 12, p. 1083-1089, dez. 2001.

MARINO, Ignazio M. *Diritto, amministrazione, globalizzazione. Rivista trimestrale di dottrina, giurisprudenza e documentazione – Il Diritto nell'economia*, nº 1, p. 25-44, 2005.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**, 4ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

_____. Expectativas legítimas dos consumidores nos planos e seguros privados de saúde e os atuais projetos de lei. **Revista Direito do Consumidor**, nº 20, p. 71-87, out/dez. 1996.

_____. Novos temas na teoria dos contratos: confiança e o conjunto contratual. **Revista da AJURIS – Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**, ano XXXII, nº 100, p. 73-97, dez. 2005.

_____ ; HERMAN, Antônio; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: arts. 1º a 71 – aspectos materiais**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**, 1ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

_____. A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do *venire contra factum proprium*. **Revista da AJURIS – Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul**, ano XXXII, nº 97, p. 143-169, março 2005.

_____; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil Brasileiro**, São Paulo: Saraiva, 2002.

MATTIETO, Leonardo de Andrade. O papel da vontade nas situações jurídicas patrimoniais: o negócio jurídico e o novo Código Civil. **Diálogos sobre direito civil: construindo uma racionalidade contemporânea**, Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

MAZZAMUTO, Salvatore (coord.). ***Il contratto e le tutele: prospettive di diritto europeo***, Turim: G. Giappichelli Editore, 2002.

MELGARÉ, Plínio. A jus-humanização das relações privadas: para além da constitucionalização do direito privado. **Revista da AJURIS – Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul**, nº 94, p. 227-248, junho 2004.

MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. A função social do contrato e o princípio da boa-fé no novo Código Civil Brasileiro. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, ano III, nº 16, p. 142-159, mar/abr. 2002.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 1993.

MEMMO, Daniela. *Il nuovo modello tedesco della responsabilità per inadempimento delle obbligazioni. Rivista Contratto e impresa: dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale diretti da Francesco Galgano*, ano XX, nº 2, p. 797-822, agosto 2004.

MIRANDA, Pontes. **Tratado de Direito Privado – parte geral – introdução, pessoas físicas e jurídicas**, tomo I, Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954.

_____. **Tratado de Direito Privado – parte geral – bens, fatos jurídicos**, tomo II, Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954.

_____. **Tratado de Direito Privado – parte especial – direito das obrigações**, tomo XXXVIII, 2ª ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1962.

_____. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**, 2ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 1981.

_____. **Tratado de Direito Privado – parte geral – validade, nulidade, anulabilidade**, tomo IV, atualizado por Vilson Rodrigues Alves, 1ª ed., Campinas: Bookseller, 2000.

MONATERI, Píer Giuseppe. *Ripensare il contratto: verso una visione antagonista del contratto*. **Rivista di Diritto Civile**, ano XLIX, nº 4, jul/ago. 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Notas sobre a promessa de doação. **Revista Trimestral de Direito Civil**, nº 24, p. 3-22, out/dez. 2005.

_____. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista de Direito Civil**, nº 65, p. 21-32, jul/set. 1993.

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

_____. Cláusula geral e segurança jurídica no Código Civil. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, nº 41, p. 85-98, 2004.

_____. (coord.). **Contrato & Sociedade: princípios de direito contratual**, vol. 1, Curitiba: Juruá, 2004.

_____. (coord.). **Contrato & Sociedade: princípios de direito contratual**, vol. 2, Curitiba: Juruá, 2006.

NANNI, Luca. *La buona fede contrattuale*, Padova: Cedam, 1988.

NEGREIROS, Teresa. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**, Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

NEVES, Luís Gustavo Bregalda. Boa-fé e temas correlatos. **Revista Bonijuris**, ano XVI, n° 489, p. 24-25, ago/dez. 2004.

NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. O princípio da boa-fé e o novo Código Civil. **Revista Verba Juris: anuário da Pós-graduação em Direito**, ano 1, n° 1, p. 282-314, jan/dez. 2002.

NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações – fundamentos do Direito das Obrigações – Introdução à responsabilidade civil**, vol. I, São Paulo: Saraiva, 2003.

NUZZO, Mario. *Utilità sociale e autonomia privata*, Milão: Giuffrè Editore, 1975.

OLIVEIRA, Ubirajara Mach de. Princípios informadores do sistema de direito privado: a autonomia da vontade e a boa-fé objetiva. **Revista de Direito do Consumidor**, n° 23-24, p. 41-77, julho/dez. 1997.

PENTEADO JR., Cássio M.C. O relativismo da autonomia da vontade e a intervenção estatal nos contratos. **Revista dos Tribunais**, n° 14, p. 148-161, abr/jun. 2003.

PEIXOTO, Ester Lopes. O princípio da boa-fé objetiva no direito civil brasileiro. **Revista Direito do Consumidor**, n° 45, p. 140-171, jan/mar. 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**, 8ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996.

_____. **Instituições de Direito Civil**, vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. **Instituições de Direito Civil**, vol. III, 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PERLINGIERI, Pietro. *Scuole, tendenze e metodi – problemi del diritto civile*, Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 1988.

_____. *Le obbligazioni tra vecchi e nuovi dogmi*. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 1990.

_____. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, 2ª ed., Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 1991.

_____. **Perfis do Direito Civil – introdução ao Direito Civil Constitucional**, tradução de Maria Cristina De Cicco, 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1997

_____. *Manuale di diritto civile*, Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 1997.

PEZZELA, Maria Cristina Cereser. O princípio da boa-fé objetiva no direito privado alemão e brasileiro. **Revista Direito do Consumidor**, nºs 23/24, p. 199-224, jul/dez 1997.

PIETROBON, Vittorino. *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova: Cedam, 1990.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria geral do Direito Civil**, 4ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

PISCITELLI, Romana G., *Esecuzione del contratto secondo buona fede e comportamenti processuali delle parti*. **Rivista I Contratti**, ano XI, nº 4, p. 342-349, abr. 2003.

POLIDORI, Stefano. *Discipline della nullità e interessi protetti*, Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 2001.

POPP, Carlyle. **Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas**, Curitiba: Juruá, 2004.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**, Coimbra: Livraria Almedina, 1982.

_____. **Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual**, Coimbra: Livraria Almedina, 1985.

RAISER, Ludwig. *Il compito del diritto privato*, Milão: Giuffrè Editore, 1990.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. *Direito das obrigações: lei n° 10.406, de 10.01.2002*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ROPPO, Enzo. *O contrato*, tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes, Coimbra: Livraria Almedina, 1988.

ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*, Milão: Giuffrè Editore, 2001.

SACCO, Rodolfo; NOVA, Giorgio de. *Il contratto*, tomo I, 3ª ed., Turim: UTET, 2004.

SCALISI, Antonino. *La comune intenzione dei contraenti – dall'interpretazione letterale del contratto all'interpretazione secondo buona fede*, Milão: Giuffrè Editore, 2003.

SCHREIBER, Anderson. Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. *Revista Trimestral de Direito Civil*, n° 22, abr/jun. 2005.

SELVINI, Monica. *Buona fede e preliminare di compravendita ad effetti anticipati. I Contratti – Rivista di dottrina e giurisprudenza*, ano XIII, n° 5, p. 429-436, maio 2005.

SEN, Amartya. *Globalizzazione e libertà*, Milão: Arnoldo Mondadori Editore, 2002.

SILVA, Agathe E. Schmidt da. Cláusula geral de boa-fé nos contratos de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, n° 17, p. 146-161, jan/mar 1996.

SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*, São Paulo: José Bushastsky, 1976.

STIGLITZ, Rubén S. *La obligación precontractual y contractual de información – El deber de consejo*. **Revista de Direito do Consumidor**, n° 22, p. 9-25, abr/jun 1997.

SOTO, Paulo Neves. Novos perfis do direito contratual. **Diálogos sobre direito civil: construindo uma racionalidade contemporânea**, Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SURDI, Michele. *Faida, contratto, patto: studi sulla capacità costituente*, Turim: G. Giappichelli Editore, 2001.

TEPEDINO, Gustavo. (coord.). **Temas de Direito Civil**, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____ (coord.). **Problemas de Direito Civil-Constitucional**, Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**, 2ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

TIMM, Luciano Benetti. As origens do contrato no novo Código Civil – uma introdução à função social, ao welfarismo e ao solidarismo contratual. **Revista dos Tribunais**, n° 844, p. 85-95, fev. 2006.

TREVISAN, Marco Antônio. Responsabilidade civil pós-contratual. **Revista de Direito Privado**, n° 16, p. 199-215, out/dez. 2003.

UDA, Giovani Maria. *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, Turim: G. Giappichelli editore, 2004.

VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**, vol. I, 7ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1991.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil – teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**, vol. II, 3ª ed., São Paulo: Editora Atlas S.A., 2003.

VITA, Anna de. *Buona fede e common law*. **Rivista di Diritto Civile**, ano XLIX, nº 3, p. 251-269, maio/jun. 2003.

WALD, Arnoldo. **Curso de Direito Civil Brasileiro – obrigações e contratos**, 14ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

_____. A evolução da responsabilidade civil e dos contratos no direito francês e brasileiro. **Revista dos Tribunais**, nº 845, p. 81-94, março 2006.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Boa-fé objetiva e adimplemento da obrigação incontroversa: notas sobre os arts. 49 e 50 da Lei 10.931/2004. **Revista dos Tribunais**, nº 846, p. 117-129, abril 2006.

WEBER, Max. A ética protestante e o espírito do capitalismo. **Os pensadores**, São Paulo: Abril Cultural, 1980.

WILSON, Joseph. *Globalization and the limits of national merger control laws*, Londres: Kluwer Law International, 2003.

ZATTI, Paolo; COLUSSI, Vittorio. *Lineamenti di diritto privato*, 9ª edição, Milão: Cedam, 2003.

ZIMMERMANN, Reinhard. *Il BGB e l'evoluzione del diritto civile*. **Rivista Contratto & Impresa**, ano IX, nº 2, p. 625-662, julho/dez. 2004.

