UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU
MESTRADO EM RELAÇÕES SOCIAIS E NOVOS DIREITOS

ANDRÉA CARVALHO DE BRITO

A BOA-FÉ OBJETIVA COMO CRITÉRIO DELIMITADOR DO ABUSO DO DIREITO NA TEORIA CONTRATUAL CONTEMPORÂNEA

Salvador-BA

2011

ANDRÉA CARVALHO DE BRITO

A BOA-FÉ OBJETIVA COMO CRITÉRIO DELIMITADOR DO ABUSO DO DIREITO DA TEORIA CONTRATUAL CONTEMPORÂNEA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação Stricto Sensu – Mestrado em Direito da Universidade Federal da Bahia apresentado como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Washington Luiz da Trindade

Salvador-BA

2011

TERMO DE APROVAÇÃO

ANDRÉA CARVALHO DE BRITO

A BOA-FÉ OBJETIVA COMO CRITÉRIO DELIMITADOR DO ABUSO DO DIREITO NA TEORIA CONTRATUAL CONTEMPORÂNEA

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito Privado, Universidade Federal da Bahia, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Instituição:_____

Nome: _____

Instituição:_____

Nome: _____

Instituição:_____

Salvador-BA, _____ de _____ de 2011.

"Para alguém que provou
de modo profundo o prazer da escrita,
o prazer da leitura é apenas secundário".
(STENDHAL, 1832)

Aos meus pais,

Maria Luisa e André,

exemplos de amor eterno e incondicional.

AGRADECIMENTOS

Realmente é forte a emoção que cerca o autor de um trabalho acadêmico, principalmente nos instantes finais de sua elaboração. Talvez por isso sejam comuns, no momento dos agradecimentos, alguns resquícios de injustiça em relação a alguém que possivelmente não tenha sido lembrado como deveria.

Nesse caso, não! Em meio a tantos defeitos que reconheço possuir, posso me orgulhar de uma especial qualidade: a gratidão. Não daquelas desmedidas do tipo que genericamente "agradece por tudo", mas do tipo sincera, que deixa o coração se manifestar quando ele realmente sente a exata medida do carinho, da torcida, do olhar encorajador, das críticas construtivas, das orações, das palavras de apoio e dos conselhos mais que oportunos.

Ora, se todo processo de produção acadêmica pressupõe sacrifícios, abstenções, cobranças, pesquisas e tantas madrugadas em claro, a conclusão desta verdadeira prova de coragem e paciência merece o registro dos meus agradecimentos a todos aqueles que contribuíram de alguma forma para que este momento se fizesse verdade.

Neste momento, uma correção: à Deus, sempre agradeço por tudo em minha vida. Sem Ele, tenho plena certeza, nada disso seria possível. Senhor, muito obrigada!

Aos meus pais, os quais amo mais que a mim, Maria Luisa e André, agradeço por me proporcionarem grande suporte material e espiritual nesta e em todas as minhas empreitadas. Mãe, minha torcedora mais fanática e fiel, que comemora minhas conquistas com mais alegria do que as suas próprias, jamais esquecerei as orações e as palavras de apoio, desde a sugestão quanto à participação na seleção do mestrado até a sua vibração pela conclusão de cada capítulo desta dissertação. Pai, meu grande exemplo de decência e sabedoria, agradeço pela maneira sempre carinhosa como compreendeu todos os momentos de dificuldade pelos quais passei e soube me orientar com clareza nas decisões que tive que tomar. Aos dois, o meu agradecimento não apenas pelo que fizeram por mim ao longo destes dois anos de mestrado, mas principalmente pelo que vocês efetivamente são para mim.

Ao amado Rafael, agradeço pela companhia absolutamente indispensável nos momentos de celebração pela finalização de cada etapa desta dissertação, como também nos instantes de dificuldades e incertezas. Os livros, as revistas jurídicas, as impressões das "parciais" desta dissertação e as pesquisas de jurisprudência me foram extremamente úteis na elaboração deste trabalho. De fato, o seu amor, carinho, atenção e cumplicidade em cada passo dado foram determinantes nesta caminhada, de modo que a cada dia aumenta minha certeza de que apenas juntos alcançaremos o que desejamos. Amo você!

Aos meus avós e padrinhos amados, Wilson Feitosa e Lenyra, que sempre incentivaram o conhecimento e, sempre orgulhosos, nunca pouparam elogios que me despertaram confiança suficiente para que eu seguisse em frente. Também agradeço à minha avó Sylvinha, pelas orações diárias que tinham como objeto, acima de tudo, a minha felicidade. Tenho certeza de que, graças às suas preces, não peguei uma "estafa de tanto estudar", como era sua preocupação.

Ao meu orientador, Professor Doutor Washington Luiz da Trindade, expoente e um dos mais experientes juristas baianos que tive a incomensurável satisfação de conhecer. À ele, os meus sinceros agradecimentos pelas relevantes reflexões, críticas e sugestões que foram essenciais no desenvolvimento e conclusão desta pesquisa. Não somente às suas valiosíssimas lições acadêmicas, que tive o prazer de assimilar em sala de aula e em particular, também registro minha gratidão pelas lições de vida, de caráter e de respeito à família. São exemplos que irei guardar pelo resto da minha vida.

Ao mestre, amado e amigo Professor Doutor Rodolfo Pamplona Filho, pela amizade conquistada tão subitamente desde a primeira aula da disciplina Metodologia da Pesquisa (2009.1) e incrementada pela cumplicidade construída ao longo de dois anos. Grande jurista, magistrado experiente, mestre admirado e, como se não bastasse, um poeta talentoso, posso dizer que a amizade que fica entre nós é o melhor saldo que remanesce dessa caminhada. O agradecimento que registro aqui não é somente pela atenção, pelas reflexões provocadas, pela pronta disponibilidade em me ajudar ou pelos conselhos sempre oportunos, mas sim por tudo que ainda virá e que, tenho certeza, é com você que poderei contar.

Impossível não registrar o meu sincero agradecimento ao mestre Pablo Stolze Gagliano, pela oportunidade de vivenciar, na prática, a arte do magistério, a qual ele consegue exercer com admirável misto de humildade e maestria. A atividade prática do tirocínio foi, de longe, a maior experiência da minha vida acadêmica. Aos "alunos emprestados" que cursaram as disciplinas de Direito Civil (Parte Geral, Obrigações e Responsabilidade Civil) no semestre de 2010.1 na UFBA, a minha gratidão pelo respeito e amizade. Registro aqui os meus votos de sucesso e prosperidade sempre.

Faço questão de agradecer aos mestres dessa instituição, os Doutores Roxana Cardoso Brasileiro Borges, Nelson Cerqueira, Manoel Jorge e Silva Neto, Paulo Bezerra e Saulo Casali Bahia, como também aos meus talentosíssimos colegas de turma, Clara Machado, Abelardo Sampaio, Daniela Portugal, Luiz Carlos, Iuri Vasconcelos (que é tio, mas também foi colega), Leonardo Telles, Marcelo Timbó, Felipe Ventin, Marcos Sampaio e Osvaldo Neto, pelos debates e reflexões valiosas em sala de aula. Pelo auxílio administrativo

em tudo mais, também agradeço a Luiza e Jovino, membros do PPGD, e a Marco, funcionário da biblioteca Teixeira de Freitas (FDUFBA).

Muitos foram aqueles que, mesmo indiretamente, também contribuíram pela consolidação deste trabalho acadêmico, aos quais agradeço sinceramente.

À Guilherme Bellintani, Ana Carolina Mascarenhas e Fernando Neto, amigos da Faculdade Baiana de Direito, pela apoio constante (inclusive com materiais de consulta) e fiel incentivo manifestados nas oportunidades a mim concedidas.

Aos meus alunos do 5º semestre da turma de Responsabilidade Civil (2010.2) da Faculdade Social da Bahia, pelas lições recíprocas de respeito e conhecimento.

Aos meus tios Laura e Elson, que tanto vibram com minhas conquistas e sempre apostaram no meu êxito; e também aos tios Ana Regina e Sérgio, sempre interessados no andamento desta dissertação. O entusiasmo dos quatro foi, sem dúvida, crucial para que eu seguisse até o fim.

À Soninha, a quem tive que explicar para quê serve o título de mestrado, além de outras dúvidas da área, agradeço pela convivência diária e pela amizade construída ao longo de quinze anos. O seu apoio foi de grande valia para que eu tivesse tempo de me dedicar aos meus estudos.

Aos amigos Vinícius, Pablo, Cíntia, Carla, Teresa, Priscila, Fernanda, Daniela e Zaíra (que sempre se preocuparam com a evolução deste curso, além de terem sido responsáveis pelos momentos indispensáveis de distração ao longo deste período); a todos os meus primos, especialmente Wilson (pela encomenda do brilhante livro de Menezes Cordeiro), Luciana (pela ajuda na tradução dos textos), Bianca (pelas "cortesias" providenciais), Lorena, Emanuela e Diane (pelo carinho e atenção espiritual a mim sempre reservados quando precisei); ao meu irmão Raul (que não ajudou, mas talvez não tenha atrapalhado tanto); à minha afilhada Sarah (que, apesar da pouca idade, soube compreender meus momentos de ausência) e a todos os demais que rezaram por mim e assim me ajudaram na conclusão desta importante etapa da minha vida.

RESUMO

Esta dissertação visa analisar a íntima relação existente entre a boa-fé objetiva e o instituto do abuso do direito, que teve sua teoria especialmente consagrada no ordenamento brasileiro após o advento do Código Civil de 2002. Nesse sentido, a análise detalhada de sua evolução na Europa tem lugar de destaque na compreensão dos limites que passaram a cercar o exercício dos direitos subjetivos milenarmente contemplados pela sociedade. A partir de sua previsão expressa no artigo 187 do atual diploma civil, destacam-se os debates acerca da natureza jurídica do abuso do direito, bem como a fixação dos seus critérios delimitadores, visando evitar a ocorrência (ou mesmo a recorrência) de práticas abusivas nas relações contratuais. Os contratos, que, por si só, indicam sua importância no âmbito social, econômico e jurídico, acima de tudo, merecem proteção como instituto consagrado historicamente. Assim, diante da renovação do direito civil, sob as influências do princípio da dignidade da pessoa humana, propõe-se uma releitura dos princípios clássicos do direito contratual à luz do que informam os mais modernos, revestidos do império da socialidade e eticidade que se fazem presentes no ordenamento jurídico como um todo. Nesses termos, desponta a relevância da boa-fé objetiva na sua tarefa de interpretação, integração e limitação no bojo dos negócios jurídicos. A partir da demonstração da trajetória histórica e conceitual deste princípio, bem como da análise acerca da necessidade de se conferir proteção às partes nas relações contratuais diante das modalidades de abuso do direito decorrentes da violação dos parâmetros éticos emanados pela boa-fé, conclui-se pela solução da cláusula geral da boa-fé objetiva, que atua como o mais eficiente critério delimitador do abuso do direito na teoria contratual contemporânea.

Palavras - chave: Boa-fé Objetiva; Abuso do Direito; Contratos.

ABSTRACT

This dissertation intends to analysing the close connection between the god faith principle and the “indecent assault of right”, almost its correspondent theory devoted in brazilian juridicy order, after the publication of the Civil Code, in 2002. The detailed reflection about the “indecent assault of right theory” in Europe has highlight place in the process of comprehension about the limits of that break the regular exercise of the subjective rights. Starting from the fixation of this institute at the article 187 of the brazilian Civil Code, great discussions about judicial nature and the fixation of the limits that get around the institute of the “indecent assault of right”, intending to avoid the incident (including the frequency) of abusive practices in the contractual private relations. The contracts, in its self, appoint the social, economic and judicial importance deserves special protection like an institute historically devoted. Therefore, in front of the renovation of the Civil Law, under the influence of the personal dignity principle, this text proposes a new reading about the classical principles of the right contracts under the light of that is informed from the modern principles, in special the elements of socially and ethic. In these terms, emerges the relevance of the good faith principle, that deserves attention because of the hard work in the interpretation, integration and limitation of the judicial deals. Starting from this expose about the historical and conceptual trajectory of this principle, and the reflection about the necessity of protection of the contractors in their deals in front of the hypotheses of “indecent assault of rights” in the reason of the violation of the ethic rules informed for the objective good faith, that works like the more efficient criterion of the “indecent assault of right” in the modern contractual theory.

Keywords: Good Faith; Indecent Assault of Right; Contracts.

LISTA DE SIGLAS

Art. – Artigo

Ap. Cível – Apelação Cível

BGB - *Burgerlichef Gefetzbuch* (Código Civil alemão)

Câm. Cível – Câmera Cível

CC – Código Civil

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CJF – Conselho de Justiça Federal

DJ – Diário da Justiça

RR – Recurso de Revista

REsp – Recurso Especial

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJDFT – Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios

TJRS – Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

TST – Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 13

2 COMPREENSÃO DOGMÁTICA DO INSTITUTO DO ABUSO DO DIREITO 21

2.1 DO SURGIMENTO À POSITIVAÇÃO DA TEORIA 24

2.1.1 A importância das doutrinas da *aemulatio* e *exceptio doli* na relativização dos direitos subjetivos 30

2.1.2 O *leading case* francês 35

2.1.3 A influência das correntes teóricas na evolução da teoria do abuso do direito 40

2.1.4 As teorias subjetiva, objetiva e mista 48

2.1.5 O abuso do direito no ordenamento brasileiro 53

2.2 NATUREZA JURÍDICA DO ABUSO DO DIREITO 55

2.2.1 Ato ilícito ou categoria jurídica autônoma? 57

2.2.2 O exercício irregular do direito subjetivo e a fronteira da (i)licitude: críticas e critérios para configuração do ato abusivo 67

3 A CONCEPÇÃO CONTEMPORÂNEA DA TEORIA GERAL DO CONTRATO 72

3.1 A INFLUÊNCIA DO DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL NA RENOVAÇÃO DO DIREITO CONTRATUAL BRASILEIRO 77

3.2 A NECESSIDADE DE PROTEÇÃO ÀS PARTES 90

3.3 OS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS 101

3.3.1 Princípios liberais 103

3.3.1.1 Autonomia da vontade 105

3.3.1.2 Autonomia privada 111

3.3.1.3 Força obrigatória dos contratos 115

3.3.2 Princípios sociais 119

3.3.2.1 Função social dos contratos 122

3.3.2.2 Equivalência material 137

3.3.2.3 Boa-fé 140

4 A BOA-FÉ OBJETIVA 146

4.1 NOÇÕES CONCEITUAIS 147

4.1.1 Bases históricas 151

4.1.1.1 Direito romano 151

4.1.1.2 Direito canônico 155

4.1.1.3 Codificações européias 156

4.1.1.4 Ordenamento brasileiro 161
4.1.2 Significado jurídico 165
4.2 AS FUNÇÕES DA BOA-FÉ OBJETIVA 175
4.2.1 Função interpretativa 179
4.2.2 Função supletiva 186
4.2.3 Função restritiva 192
5 A BOA-FÉ OBJETIVA COMO CRITÉRIO DELIMITADOR DO ABUSO DO DIREITO NA TEORIA CONTRATUAL CONTEMPORÂNEA 197
5.1 AS MODALIDADES DE ABUSO DO DIREITO SEGUNDO O CRITÉRIO DA BOA-FÉ OBJETIVA 204
5.2 A BOA-FÉ OBJETIVA COMO LIMITE NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS 212
5.2.1 O exemplo do Código de Defesa do Consumidor 219
5.2.2 A solução da cláusula geral da boa-fé objetiva 227
6 CONCLUSÕES 236
REFERÊNCIAS 244

1 INTRODUÇÃO

Trata-se o abuso do direito de um instituto antigo, com origem remota na Era Medieval, mas que cada vez mais vem merecendo mais atenção da doutrina e da jurisprudência. Por tal razão, a perfeita compreensão do instituto reclama uma abordagem eminentemente teórica, mas que também atravessa diretamente o seu aspecto prático – no caso, a sua aplicação no caso concreto – haja vista sua estreita ligação com o social.

Refletir sobre o abuso do direito é admitir, prioritariamente, que se trata de um verdadeiro clássico da ciência jurídica, sobretudo diante da profusão de tantas manifestações doutrinárias que asseveram o destaque dado ao instituto do abuso do direito, principalmente quando confrontado com a boa-fé objetiva. É compreender, com certa lógica, que a noção que a respeito deste instituto vem antes mesmo de sua própria consagração, quando ainda os termos "abuso" e "excesso", expressões essencialmente genéricas à primeira vista, indicavam haver certo incômodo da sociedade diante do exercício ilimitado dos direitos subjetivos.

Compreende-se, ainda que superficialmente, o abuso do direito como sendo a prerrogativa individual exercida pelo agente que se conduz de acordo com os limites objetivos da norma, mas desvia-se da boa-fé e dos fins sócio-econômicos exigidos pela regra geral para seu exercício. Embora a consagração da teoria do abuso do direito tenha se dado no início do século XX, já se tinha uma noção do indigitado instituto quando primeiro se cogitou a relativização dos direitos subjetivos, que sempre foram considerados como absolutos e, por isso mesmo, exercidos sem o devido respeito aos direitos dos demais sujeitos.

Daí não haver dúvida ser indispensável à compreensão dogmática do abuso do direito a reflexão acerca da correta localização temporal do surgimento das primeiras noções acerca deste instituto até a efetiva positivação da teoria correspondente, revelada como fruto de intensos debates filosóficos, políticos e sociais promovidos pelos teóricos que efetivamente se dedicaram ao estudo da teoria do abuso do direito e que, sem qualquer rastro de dúvida, contribuíram positivamente para sua consagração como importante mecanismo de controle e coibição da abusividade nas relações jurídicas em geral.

No despontar desta trajetória histórico-evolutiva, retorna-se ao século XVIII para ratificar a importância das doutrinas da *aemulatio* e da *exceptio doli*, que marcaram a época do inconformismo social diante dos verdadeiros absurdos praticados entre os sujeitos de direito nas relações entre vizinhos e resultaram no fenômeno da relativização dos direitos subjetivos. De fato, é na seara dos direitos reais, notadamente no que tange às relações de posse e propriedade, onde desponta - senão o primeiro, o mais famoso - caso solucionado pelo que se entendia sobre abuso do direito: a partir do julgamento do caso de Clement Bayard (França, Corte de Amiens, 1915), os teóricos franceses lançaram-se na tentativa de compreender e explicar a teoria do abuso do direito, que surgia na iminência de frear as práticas flagrantemente abusivas disfarçadas pelo pretexto de se estar no exercício de um direito subjetivo assegurado legalmente.

Assim, dentre as diversas correntes teóricas criadas no afã de conceituar, afirmar e até mesmo negar a teoria do abuso do direito à luz da consideração dos princípios e regras morais de justiça, equidade e humanidade, destacam-se os seus criadores León Duguit, Marcel Planiol, Mario Rotondi e Louis Josserand, que se mostraram dispostos a enfrentar a

desafiadora missão de conceituar o abuso do direito e aplicá-lo na prática. Ademais, se é abusivo o ato que extrapola os limites da boa-fé e dos fins sócio-econômicos, também não é recente o debate acerca dos pressupostos para sua configuração. Observaram-se, nessa esteira, as teorias subjetiva e objetiva, as quais exigem a presença do elemento subjetivo manifestado na intenção do sujeito em prejudicar alguém, destacando-se, entre elas, a sugestão da teoria mista, por meio da qual se configura o ato abusivo a partir da análise objetiva da vontade do agente, de acordo com o que realmente se espera da conduta de um homem médio.

Uma vez consagrada a teoria do abuso do direito, a mesma foi positivada no ordenamento jurídico brasileiro pioneiramente pelo Código de Defesa do Consumidor, que assegurou como direitos básicos do consumidor a proibição de propagandas enganosas, cláusulas contratuais abusivas e métodos comerciais desleais. Mas foi no advento do Código Civil de 2002, que finalmente se consagrou a previsão expressa do instituto na letra do artigo 187, cuja redação infere que "também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes".

Como se não bastasse a longa trajetória histórico-evolutiva, marcada por fervorosos debates que cercaram a construção da teoria do abuso do direito, até a sua efetiva consagração como instituto jurídico do ordenamento brasileiro, eis que a discussão acerca da sua natureza jurídica ganha amplo destaque na doutrina pátria. De fato, merece atenção o fato deste instituto ter sido previsto no capítulo destinado aos "atos ilícitos" – o que, para muitos, pressupõe-se que o ato abusivo não passaria de uma espécie do gênero "ato ilícito", contemplado pelo ordenamento na redação do artigo 186 do Código Civil vigente – em contraponto à ideia do abuso do direito como uma categoria jurídica autônoma, como sustenta parte da doutrina. Diante deste impasse, algumas páginas serão destinadas especialmente à exposição das opiniões dos estudiosos do tema e dos seus argumentos correspondentes.

Vale dizer, a compreensão do exercício irregular do direito como resultado do rompimento da fronteira da ilicitude, será observado que, muito embora seja evidente a grande proximidade entre os institutos do abuso do direito e do ato ilícito, não há como reduzir aquele a uma simples espécie deste, pois, enquanto a configuração do ato ilícito é obtida pela violação da regra, configura-se o abuso do direito pela violação do princípio valorativo da norma em si. Conforme será demonstrado ao longo da pesquisa, ambos os institutos guardam cada qual sua autonomia dogmática.

O mesmo enunciado que positivou o instituto do abuso do direito no artigo 187 do Código Civil brasileiro também exemplificou os limites que devem ser observados no exercício de direito subjetivo, quais sejam, a boa-fé, os fins econômicos e sociais e os bons costumes. Neste cenário, prioriza-se, nitidamente, o interesse coletivo na difícil tarefa de evitar a ocorrência de práticas abusivas nas relações jurídicas, sobretudo nos contratos. Destaca-se, então, o seguinte questionamento que deverá nortear esta dissertação: é possível elevar a boa-fé objetiva, como princípio contratual social, à qualidade de critério delimitador do abuso do direito na teoria contratual contemporânea?

Sustenta a hipótese de que o princípio da boa-fé é, dentre os parâmetros de identificação, o mais seguro critério delimitador do abuso do direito nas relações contratuais. Vale dizer, não é somente a boa-fé objetiva, como princípio social, que será suficiente para solução dos impasses criados entre os agentes contratantes, sendo necessária atuação conjunta dos demais princípios contratuais, cada um na medida exata da sua utilidade.

Verificou-se, após o advento da Constituição Federal de 1988, notadamente influenciada pelo princípio maior da dignidade da pessoa humana, verdadeira renovação do direito contratual brasileiro. Se, à época da concepção clássica do direito contratual, era comum a ocorrência de práticas abusivas nas relações negociais, seja pelo excesso, seja pela ausência de confiança entre as partes contratantes, as pessoas sempre se sentiam prejudicadas por alguma razão, o cenário do direito contratual finalmente é alterado diante da nova ordem civil-constitucional. Esta, sob os influxos dos valores éticos, sociais e humanitários, torna-se impositiva da padronização de um comportamento pautado na lealdade e na cooperação em toda e qualquer relação contratual.

Como resultado imediato da vultosa renovação percebida na seara do direito contratual pátrio, a começar pela elevação do ser humano ao centro do ordenamento, constata-se a necessidade de também se conferir efetiva proteção às partes celebrantes do negócio. Ou seja, mais que a indispensável conservação do contrato como um dos mais importantes instrumentos jurídicos na atualidade, as pessoas que o celebram e dele se valem para o alcance dos seus interesses sociais, políticos ou econômicos, passam a merecer especial atenção quando inseridas no contexto da relação jurídica em si. De fato, ao se lançarem em determinado negócio, os contratantes nele depositam suas esperanças de lucro, de sucesso ou o mínimo de retorno do seu investimento, de modo que, é incogitável – considerando principalmente o atual contexto do nosso ordenamento jurídico – que estas pessoas fiquem à margem da proteção do sistema.

Acredita-se, por conseguinte, na atuação eficiente e conjunta dos princípios contratuais para assegurar que o comportamento dos contratantes faça com que as relações jurídicas estejam sempre em sintonia com os novos valores constitucionais. Em tópico próprio constante do terceiro capítulo deste trabalho, destacam-se os principais princípios contratuais: os princípios da autonomia da vontade, da autonomia privada e da força obrigatória dos contratos foram classificados como liberais, enquanto os princípios da função social dos contratos, da equivalência material e da boa-fé constam do rol dos princípios sociais.

Conforme será demonstrado em momento oportuno da pesquisa, mesmo diante das significativas alterações promovidas pelo direito civil-constitucional na teoria contratual contemporânea, os princípios contratuais clássicos não desapareceram diante dos modernos. É certo que o contrato deixa de ser visto como um vínculo entre interesses e vontades opostas, mas se renova positivamente na medida em que as partes tornam-se parceiras rumo ao objetivo principal, que é alcançar seus lucros sem prejuízos entre si ou à coletividade. Por esta razão, o contrato, ao qual resta adaptar-se definitivamente às constantes renovações do contexto social contemporâneo para sobreviver como eficiente instrumento jurídico, conta com a flexibilidade e a ampla capacidade cognitiva dos princípios específicos nessa tarefa.

Será demonstrado que continuam valendo as regras de obrigatoriedade do cumprimento do contrato firmado entre as partes, pois a vontade emanada por elas tem amparo na extensa liberdade que sempre tiveram os indivíduos ao celebrarem seus negócios de acordo com seus interesses particulares, sendo que com alguns limites. Isso porque, com o advento do Estado Social e a eminente preocupação em resguardar ao máximo o direito dos mais fracos nas relações privadas, instaura-se uma nova era no direito brasileiro, a começar pelo novo Código Civil que, sem descurar da liberdade de contratar, coloca em evidência o mandamento constitucional da dignidade da pessoa humana.

Reestruturam-se os princípios clássicos do direito contratual para que se adaptem ao novo espírito do ordenamento.

À autonomia da vontade, que sempre conferiu aos contratantes ampla liberdade de contratar como bem entendesse, agregam-se os limites da lei, da ordem pública, da moral e dos bons costumes, passando por uma releitura à luz dos novos valores constitucionais e alcançando o que hoje se denomina como princípio da autonomia privada. Não significa, entretanto, que se reduz a importância da vontade em si, mas relativiza-se a sua absoluta sobreposição aos demais valores protegidos pelo ordenamento.

Do mesmo modo, não resta dúvida que o contrato deve ser cumprido em seus termos pelas partes que o firmaram, mas esta exigência passa a ser relativizada a partir do instante em que os interesses ali envolvidos se revelem contrários aos parâmetros de solidariedade, cooperação, equilíbrio e funcionalidade social exigidos pelo direito civil constitucionalizado. São os princípios sociais da equivalência material, da função social e da boa-fé objetiva atuando com vistas à proteção da dignidade humana através da socialização contínua do contrato.

Com efeito, ao Direito não mais interessa o cumprimento da obrigação criada em seus exatos termos sem que sejam ponderadas as circunstâncias da celebração do negócio, bem como os eventos supervenientes que por ventura possam comprometer a razoável satisfação dos interesses pretendidos pelas partes. Nesse sentido, não resta dúvida de que a sobrevivência do contrato passa invariavelmente pela possibilidade de reequilíbrio entre as prestações então assumidas, para que o mesmo cumpra sua função social, tal como exigido pelo ordenamento.

Eis que, nessa tarefa de sobrevivência e contínua adaptação, desponta a boa-fé objetiva como princípio social impositivo da padronização do comportamento pautado na retidão, honestidade e cooperação mútua entre as partes de um contrato. Por isso, será demonstrado em capítulo próprio como a noção de boa-fé - que tem sua base histórica no direito romano sob diversas acepções, passando pelo direito canônico como o dever de honrar a palavra dada e chegando a ser positivada como princípio jurídico nas clássicas codificações européias - manifesta-se como a concretização dos ideais ético-humanitários da Constituição Federal na esteira do direito privado.

Em seguida, ao lado da reflexão sobre o real significado jurídico da boa-fé objetiva – seja como mero princípio contratual, seja como cláusula geral – também merecerá

especial atenção a questão da tripla funcionalidade da boa-fé objetiva, subdividida pela doutrina em interpretativa, integrativa e restritiva. Com efeito, a boa-fé objetiva desponta como importante cânone hermenêutico que auxilia o magistrado na interpretação do negócio jurídico levado a juízo, para compreender a real vontade das partes diante das circunstâncias apresentadas. Noutro passo, a boa-fé objetiva também se destaca como verdadeira fonte criadora de deveres acessórios à obrigação principal assumida pelos contratantes, repercutindo inclusive no âmbito extracontratual. A terceira função da boa-fé objetiva, a função restritiva, promove o controle do exercício dos direitos subjetivos, impondo restrições ao comportamento, para que este não viole os parâmetros de cooperação e lealdade tão festejados pelo ordenamento jurídico brasileiro desde a sua renovação constitucional.

Dentre todas - apesar de ser difícil a separação, na prática, de cada uma – a função restritiva do princípio da boa-fé é a que mais se aproxima da temática em proposta, o que se constata diante da íntima e incontestável relação entre a boa-fé objetiva e a teoria do abuso do direito.

Ora, se a função restritiva da boa-fé objetiva visa controlar o exercício dos direitos subjetivos, evitando a ocorrência de práticas abusivas que desestabilizam qualquer relação jurídica, nada mais justo que concentrar o objetivo geral na demonstração da possibilidade de imposição de limites eficazes ao exercício dos direitos individuais. Visualiza-se, nessa tarefa, a força preventiva e repressiva de alguns instrumentos jurídicos destinados a evitar que o sistema jurídico chancele a prática de atos maliciosos realizados em prejuízo de terceiros sob o pretexto do regular exercício do direito subjetivo posto.

Mais que isso, a boa-fé objetiva, que tem sua fundamentação constitucional na ideia de dignidade da pessoa humana, já que nela se materializa como princípio (re)orientador das relações patrimoniais, afigura-se como o critério mais seguro de identificação do ato abusivo. Nesses termos, merece destaque a importância de efetiva compreensão das modalidades de abuso do direito decorrentes da violação da boa-fé objetiva: as teorias do *venire contra factum proprium* e *tu quoque* destacam-se dentre as demais modalidades de ato abusivo, e representam a frustração da tutela da confiança manifestada nas legítimas expectativas criadas a partir de uma sucessão de condutas que induzem certo panorama comportamental.

É nesse sentido que, além da sua utilidade como princípio e cláusula geral, eleva-se a boa-fé objetiva à qualidade de limite nas relações contratuais. De fato, trata-se do mais eficiente instrumento de limitação de práticas abusivas nas relações contratuais, sendo capaz de delimitar criteriosamente a ocorrência de práticas abusivas que comprometam a perfeita formação, execução e conclusão do contrato. Saliente-se, sobretudo, que, além da habilidade interpretativa, integrativa e restritiva do princípio da boa-fé, este também se destaca por imprimir nas relações contratuais novos deveres que terminam por se sobrepor aos direitos, mas que, nem por isso comprometem a satisfação dos interesses pretendidos pelas partes.

Contudo, o maior exemplo de tão larga serventia da boa-fé objetiva ainda é o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078 de 1990). Reconhecido pela doutrina como uma das mais revolucionárias legislações do país, o CDC tornou-se referência explícita do

fenômeno conhecido como dirigismo contratual, observado como solução contra a igualdade apenas formal entre os sujeitos da relação contratual estabelecida. Assim, se cabe ao Estado intervir para que os interesses particulares não se sobreponham aos interesses sociais, aposta-se na boa-fé objetiva como fator de reequilíbrio dos contratos. E assim o fez o legislador consumeirista ao prevê-la expressa e pioneiramente no inciso IV do artigo 51, valendo este como princípio máximo orientador dos contratos de consumo. Já o Código Civil de 2002, muito embora tenha feito referência expressa à boa-fé objetiva nos artigos 113, 187 e 422, ainda carece de efetiva aplicabilidade em matéria de contratos civis, os quais, por não revelarem a mesma discrepância dos contratos de consumo em termos de igualdade substancial entre os contratantes, ainda tem muito que se mirar no Código de Defesa do Consumidor.

Por tal razão é que se aponta, no tópico final desta dissertação, a cláusula geral da boa-fé objetiva como solução para os impasses jurídicos relacionados ao direito obrigacional, que tem no contrato o seu maior instrumento de satisfação das pretensões do credor e do devedor. Será demonstrado que, não obstante a sua fluidez e abertura, características duramente criticadas em razão da extensa liberdade conferida ao magistrado no julgamento do caso concreto, será demonstrado como a cláusula geral da boa-fé objetiva mostra-se capaz de solucionar os mais instigantes impasses contratuais. Em verdade, as cláusulas gerais sugerem limitação à autonomia das partes na estipulação de suas próprias obrigações contratuais, o que induz à compreensão de que a boa-fé objetiva também guarda grande utilidade preventiva ao impor a adoção de comportamentos compatíveis com os ideais de retidão e lealdade. Portanto, se os contratantes portarem-se de acordo com a eticidade reclamada pela noção de boa-fé, sequer será necessário recorrer aos aspectos repressivos deste princípio, cabendo às partes atuarem de modo a não causar prejuízos entre si, nem mesmo à sociedade.

Assim, a partir da noção do contrato verdadeiramente mais socializado, constata-se que o legislador de 2002 procurou defini-lo como mais um elemento de eficácia social, para que o mesmo seja cumprido não somente em prol dos contratantes interessados no negócio, mas também em benefício da sociedade. E, quanto à isso não resta dúvida, à sociedade não interessa apenas a compreensão teórica do abuso do direito, e sim admitir sua íntima ligação a boa-fé objetiva, para que assim seja reconhecida sua atuação na garantia da segurança jurídica necessária aos contratos em geral.

Ora, se a intenção é que o contrato firmado seja efetiva e honestamente cumprido, atendendo a todas as exigências e detalhamentos que o acompanham, também é certo que os deveres de lealdade, confiança recíproca, honestidade e cooperação são indispensáveis em qualquer negócio. Por óbvio, em caso contrário, também incidirão as sanções convencionadas pelos próprios contratantes, de modo que as consequências podem perfeitamente ser encontradas na legislação pátria, que autoriza o ofendido a buscar indenização civil ou outra medida específica, a depender da natureza do objeto do contrato no caso concreto.

Por tudo que fora dito introdutoriamente, identifica-se a inspiração do presente estudo, que priorizará uma abordagem eminentemente teórica do tema, a qual restará amparada nas lições de juristas brasileiros e estrangeiros que, seja através de obra completa

publicada sobre o tema, seja através da publicação de artigos científicos específicos, serão de grande valia para o desenvolvimento da pesquisa que agora se inicia.

2 COMPREENSÃO DOGMÁTICA DO INSTITUTO DO ABUSO DO DIREITO

Ab initio, faz-se oportuno um breve e necessário esclarecimento quanto à terminologia do abuso do direito, esta que decorre de intensos debates teóricos e jurisprudenciais percebidos na França, ainda no início do século XX e traduz-se, basicamente, na ideia de "abuso do direito" na medida em que aponta para a abusividade da conduta de um titular do direito subjetivo. Assim, ao exercê-lo em desconformidade com os parâmetros da boa-fé, dos bons costumes e da função social, incorre o indivíduo em ilicitude por invadir a esfera do direito de outro alguém.

A propósito, vale o registro de que a expressão "abuso do direito" foi utilizada pela primeira vez pelo autor belga Franz Laurent, que, na época da fase inicial do Código Civil francês, que se dedicava a estudar as decisões judiciais prolatadas pelos tribunais franceses. Assim ele nominava as situações nas quais o tribunal reconhecia, na questão de fundo, a excelência do direito do réu, mas o condenava, perante as irregularidades no exercício daquele direito[1].

Em seu dicionário jurídico, J. M. Othon Sidou define genericamente o abuso do direito como o "ato de natureza lícita, mas cujo exercício, sem a devida regularidade, acarreta um resultado do que se considera ilícito"[2].

O instituto do abuso do direito, embora visivelmente antigo, teve seu despontar teórico somente no início do século XX pelos tribunais franceses, é matéria da ordem do dia nos debates que cercam a discussão sobre o exercício dos direitos subjetivos, inspirando, portanto, merecida reflexão tanto no âmbito do direito privado, como no âmbito do direito público.

Desde já, entretanto, é de se destacar a precisão da observação de Antonio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro ao clamar pela necessidade de concretização do instituto:

> o abuso do direito entrou, no último meio século, em decadência progressiva. Enquadrado nos parâmetros contrapostos franceses e alemães, exigia, para sua sobrevivência evolutiva, uma síntese que não surgira. O fenômeno tem passado despercebido, apesar da multiplicidade de sinais que o atestam; tem, porém, uma importância que transcende o problema do abuso, estendendo-se a áreas largas da ciência do direito. Há, pois, que determiná-lo, explorá-lo e valorá-lo[3].

---

[1] LOTUFO, Renan. **Código Civil Comentado**: parte geral (arts. 1º a 232). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

[2] SIDOU, J. M. Othon. **Dicionário jurídico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p.6.

[3] MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p.697.

Ou seja, ao se verificar a transposição das fronteiras que o próprio direito alheio irradia em sua esfera de proteção, configura-se uma conduta abusiva, posto que violadora dos limites impostos pela boa-fé, pelos fins sócio-econômicos e pelos costumes[4].

Este conceito, por hora, revela-se suficiente para a exposição inicial de algumas considerações relevantes à compreensão do tema, haja vista que o que efetivamente caracteriza o abuso do direito é o exercício anormal de um direito, como uma conduta que vai além de um possível fim legítimo, justamente por que extrapola os limites objetivamente impostos pelo artigo 187 do Código Civil.

Historicamente, atribui-se o desenvolvimento da sociedade moderna às transformações sociais, econômicas e culturais promovidas arduamente ao longo dos séculos pelos movimentos sociais que sugeriam a substituição do paradigma existente pela efetividade de um modelo que favorecesse um maior número de classes e de pessoas. Não somente os interessados naquele movimento foram os protagonistas daquele embate. O descompasso entre os novos problemas sociais, resultantes de diversas transformações operadas neste constante processo de evolução, e as ultrapassadas previsões legislativas, portanto, insuficientes na busca por uma solução satisfatória do problema posto, também influenciaram no desencadeamento de diversos movimentos sociais que trouxeram a sociedade contemporânea até os dias atuais[5].

Sabe-se que a caminhada para a construção da teoria do abuso do direito também não se deu de maneira simples. Ao contrário, sem fugir desta regra, esta teoria tem base nas necessidades e aspirações sociais cada vez mais fortes que clamavam pela superação dos ideais individualistas da época, sustentados na antiga e controvertida afirmação de que os direitos subjetivos eram exercidos ilimitadamente. De fato, os direitos subjetivos do homem, considerando a plenitude do seu exercício e a expressão da liberdade individual neles contemplada, eram vistos como algo maior e mais importante do que qualquer outro interesse, inclusive o interesse social.

Explica-se o contexto em termos práticos a partir da constatação de que os direitos subjetivos, qualificados como legítimos incondicionalmente, eram praticados de forma impensada pelos seus legítimos detentores, a ponto de não haver qualquer preocupação acerca do mal que os seus atos provocariam no âmbito do direito alheio. Em outras palavras, bastava o exercício de suas prerrogativas, sem importar a finalidade dos atos praticados.

Em contraponto, eis que surge a doutrina do abuso do direito, suscitada ainda que remotamente pelos tribunais franceses que, passando a se deparar constantemente diante de situações concretas flagrantemente injustas ao primeiro olhar, lançaram-se na difícil

---

[4] A propósito, o enunciado do artigo 187 do Código Civil de 2002 assim dispõe sobre o instituto do abuso do direito: "também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes".

[5] MARTINS, Pedro Baptista. **Abuso do direito e ato ilícito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1941, p.10.

missão de "corrigir as imperfeições da lei e empreender a empolgante tarefa da socialização do direito"[6]. Testemunhou-se o direito passando a existir de fato para a sociedade, e não o contrário, como outrora se acostumou.

Sabe-se que a teoria do abuso do direito somente despontou ao longo do século XX, quando a doutrina e a jurisprudência francesas dedicaram-se efetivamente à sua construção, bem como à sua aplicação nas relações privadas em concreto. Assim, a partir da percepção de que as condutas abusivas e os atos maliciosos exercidos sob o pretexto de se estar exercendo um direito subjetivo necessitavam ser combatidos, alcançou-se a ideia da relativização dos direitos subjetivos, notadamente influenciada pelo direito da Idade Média e de Roma[7].

Naquela época, os direitos subjetivos eram vistos como paradigma máximo. O direito de propriedade e o direito de crédito, por exemplo, tinham um caráter rígido e podiam ser exercidos ilimitadamente, sem se discutir se causavam prejuízos aos outros ou se eram exercidos com o intuito de causar danos, sendo considerados em si mesmo sob a ótica da sua finalidade e interesse[8].

Nada mais conclusivo, naquele contexto, de que a impossibilidade de manutenção do exercício dos direitos subjetivos da forma como se verificava até então. Era evidente que a ciência do direito já não poderia mais chancelar aquele tipo de conduta, que se afigurava abusiva e prejudicial ao direito de terceiro[9].

Para o momento, importa saber que o instituto do abuso do direito tem amparo fundamental na intenção de impedir que os direitos sirvam como forma de opressão por parte do seu agente titular. É neste aspecto que se busca evitar que o sujeito utilize seu poder com finalidade distinta daquela a qual se destina e socialmente se espera.

Observa-se, nesses termos, que o ato abusivo revela-se inicialmente legal (do ponto de vista formal), mas torna-se ilícito quando o agente o desvia da finalidade da norma, transformando-o em ato reprovável jurídica e socialmente. Ou seja, mesmo estando determinada conduta objetivamente em conformidade com a lei, poderá se revelar em desacordo com os valores éticos e sociais esperados. É neste momento que se flagra o abuso.

Sabe-se que a principal fonte de discussão e percepção do instituto tem início no tormentoso campo do direito de vizinhança e de propriedade do século XIX, quando ecoava

---

[6] Ibidem, p.12.
[7] SARAIVA, Vicente de Paulo. **O abuso do direito**. In: Direito em Ação. Universidade Católica de Brasília. n. 1 (dez. 2000). Brasília: Universa, 2000.

[8] VICENZI, Brunela Viera de. **A boa-fé no processo civil**. São Paulo: Atlas, 2003.

[9] "As circunstâncias exigiam mudanças e flexibilizações. O exercício ilimitado de um direito subjetivo poderia causar danos e prejuízos que, diante da concepção posta, o causador do dano estaria isento do dever de indenizar" (Ibidem, p.145). Naquele paradigma, não restava outra opção à vítima, ironicamente também legítima detentora de direitos subjetivos, senão assistir à realização do direito subjetivo alheio.

na França a sua revolução mais famosa. Não é à toa, portanto, que é gigantesca a influência dos direitos reais na construção e evolução da teoria do abuso do direito, se destacando inclusive quando primeiro se cogitou a imposição de limites ao exercício adequado dos direitos subjetivos.

Entretanto, o alcance deste instituto vai muito mais além do que se imagina, pois à doutrina do abuso do direito é que se devem importantes transformações do direito privado. Operadas inicialmente pela jurisprudência e, mais adiante, pela doutrina e influenciando na legislação, constata-se que a teoria que o denomina não está exclusivamente atrelada à prática ilimitada dos direitos subjetivos, ao tempo em que também alcança o direito à liberdade, autonomia privada, o direito contratual, entre outros tantos ramos desta ciência[10].

2.1 DO SURGIMENTO À POSITIVAÇÃO DA TEORIA

Como já afirmou, e com razão, Eduardo Jordão, "um dos primeiros problemas para os autores que estudam o abuso de direito, é precisar-lhe suas raízes históricas"[11]. Nada mais verdadeiro, principalmente considerando tratar-se de um instituto desenvolvido sob um cunho eminentemente jurisprudencial, mas que também contou com o reforço dos ensaios e embates doutrinários que insistiam em cercar a construção da teoria do abuso do direito.

Neste passo, a despeito da divergência entre os que crêem que só se poderia falar em abuso do direito a partir do século XIX, como resposta ao formalismo exigido pela Escola da Exegese, e os que referenciam o seu surgimento nos tempos remotos do direito romano, entende Eduardo Jordão que tal divergência revela certo mal-entendido: "é que ao se falar em abuso de direito, ora se faz referência à noção ou à percepção que deu azo à criação da teoria, ora se faz referência à teoria propriamente dita"[12]. De certo, é sabido que a noção, no sentido de existência, mesmo que ainda fluido, precede a teoria, esta entendida como a sistematização de um conhecimento adquirido a partir de profunda pesquisa científica.

No caso específico do abuso do direito, como bem pondera o autor, "sua noção equivale à percepção primitiva de relatividade de direitos subjetivos – da queda da sua concepção absolutista, como resultado da própria relativização de dispositivos normativos em particulares situações concretas". Em sua opinião, "a teoria parte desta percepção para desvendar as classes de situações em que se daria o ato abusivo e perquirir as formas de repressão estabelecidas pelo direito que seriam aplicáveis neste caso"[13].

---

[10] MEIRELES, Edilton. **Abuso do direito na relação de emprego**. São Paulo: LTr, 2004.

[11] JORDÃO, Eduardo. **Repensando a teoria do abuso de direito**. Salvador: JusPodivm, 2006, p.55.

[12] Ibidem, p.56.

[13] Ibidem, p.56.

Por esta razão é que aqui se remete, originariamente, o surgimento das bases nas quais se projetou o instituto do abuso do direito aos ares do Direito romano[14]. Ora, se é possível atribuir a noção de abuso do abuso à época em que primeiro se percebeu a ocorrência, mesmo que tímida, do fenômeno de relativização dos direitos subjetivos, merecem destaque as três áreas[15] que influenciaram o referido fenômeno ainda na Idade Média: a *aemulatio*, a *exceptio doli* e as relações de vizinhança[16] – que são de grande referência entre os doutrinadores do tema.

Assim, é no intuito da obtenção de uma melhor compreensão acerca da teoria do abuso do direito, ou mesmo das doutrinas que influenciaram os seus pilares, que se faz necessária uma breve análise introdutória acerca do que se entende por direito subjetivo. Na definição de Plácido e Silva, o direito subjetivo consiste no

> poder de ação assegurado legalmente a toda pessoa para defesa e proteção de toda e qualquer espécie de bens materiais e imateriais, do qual decorre a faculdade de exigir prestação ou abstenção de atos, ou o cumprimento da qual decorre a obrigação, a que outrem esteja sujeito[17].

Verificam-se, nessa esteira, dois elementos que compõem o conceito de direito subjetivo a ser exercido pelo seu titular: interesse e vontade. Afinal, uma vez assegurado pelo ordenamento jurídico um dado direito subjetivo ao seu sujeito titular, dependerá da vontade deste para que sejam satisfeitos os seus interesses.

São quatro as principais teorias que se destacaram na tentativa de explicar os direitos subjetivos e os seus efeitos. A teoria da vontade – professada pelos alemães Bernard Windscheid e Freidrich Carl Von Savigny, que entendiam o direito subjetivo como um poder conferido à pura vontade de um determinado sujeito -, a teoria do interesse – que teve como seu principal idealizador Rudolf von Ihering o qual tentava desconstruir a corrente anterior baseando-se na certeza de que o verdadeiro titular do direito é aquele que pode aproveitar,

---

[14] Uma breve remição aos brocardos latinos em destaque naquele contexto de cogitação da noção de abuso do direito: "*summum jus, summa injuria*", "*male enim nostro jure uti non debemus*" e "*neminem laedit qui suo utitur*". Traduzem-se, respectivamente, em "supremo direito, suprema injustiça", "não devemos fazer mal uso de nosso direito", e "quem exerce o seu direito a ninguém prejudica". A propósito, vale dizer, vários foram os autores romanos que se utilizavam dessas fórmulas para justificar a reprimenda do exercício abusivo de um direito subjetivo e aplicar a devida responsabilização do titular pelo dano causado (VICENZI, Brunela Viera de. **A boa-fé no processo civil**. São Paulo: Atlas, 2003).

[15] MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2007.

[16] "As relações de vizinhança são, na verdade – desde o Direito Romano -, limitações expressas ao direito de propriedade. Tanto em Roma como no direito civil do século XIX, tratou-se de limitar o uso da propriedade para possibilitar a convivência das cidades que cresciam em número de habitantes sem um proporcional aumento de seu tamanho, considerando as circunstâncias políticas e sociais da época" (Op. Cit. VICENZI, Brunela Viera de. **A boa-fé no processo civil**. São Paulo: Atlas, 2003, p.146).

[17] SILVA, Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 16. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1999, 197.

com necessário interesse para tanto -, a teoria mista (ou eclética), professada como um contraponto às possíveis teorias antes suscitadas, a qual teve como seus maiores defensores Jellinek, Michoud, Ferrara e Saleilles – e, finalmente, a teoria objetivista, que teve León Duguit e Hans Kelsen como seus maiores expoentes, estes que insistiam em negar a própria existência do direito subjetivo a partir da constatação de que cabe ao direito objetivo a previsão abstrata das situações nas quais podem vir a se encontrar os sujeitos de direito[18].

Em verdade, porém, todas estas correntes foram alvos de diversas críticas pertinentes às suas particularidades. Entretanto, para o objetivo desta pesquisa, não há que se aprofundar nestas questões, valendo aqui apenas um breve painel acerca dos direitos subjetivos[19].

Esclareça-se que a expressão "direitos subjetivos" merece uma acepção ainda mais ampla do que a que até então se apresentou. Ante a possibilidade de abuso de outras prerrogativas jurídicas, que não somente o conceito específico de direito subjetivo, é de se registrar a possibilidade de haver abuso de outras liberdades e posições jurídicas conferidas pelo ordenamento, de modo que a opção pelo termo "direitos subjetivos" leva em conta tão somente a habitual remição do instituto à teoria do abuso do direito, presente em seu próprio conceito.

A propósito, Eduardo Jordão atribui ao sentido aberto e plurissignificativo do termo Direito a projeção dicotômica existente entre o direito subjetivo e direito subjetivo. Segundo o autor, esta dicotomia sugere uma suposta contrariedade de idéias como se o direito objetivo e o direito subjetivo inspirassem conceitos diametralmente opostos, sendo que este, em verdade, depende daquele, do qual é um aspecto. "Há por assim dizer, um fundamento objetivo do direito subjetivo"[20].

Por assim dizer, o direito subjetivo constitui uma prerrogativa conferida e disciplinada pelo direito objetivo. Tem vantagem o possuidor deste direito subjetivo na medida que guarda a prerrogativa de poder exercê-lo da maneira indicada pela norma, e por ela garantida, desde que sejam obedecidos os limites impostos pela lei, pelos costumes e pela ordem pública.

Sobre o assunto, Maria Helena Diniz cita e adota a posição de Goffredo Telles Jr., que define o direito subjetivo como a permissão, dada por meio de norma jurídica válida,

---

[18] MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2007.

[19] Miguel Reale, analisando o entendimento de Kelsen, verifica que o direito subjetivo não seria nada mais do que a subjetivação do direito objetivo. Concorda, portanto, que o direito subjetivo "não pode ser concebido, como bem acentua Kelsen, sem correspondência com o direito objetivo, com o qual forma uma díade inseparável, mas como a norma é uma integração de fatos segundo valores, ela se destina a alguém para que algo se realize" (REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.256-257).

[20] JORDÃO, Eduardo. **Repensando a teoria do abuso de direito**. Salvador: JusPodivm, 2006, p.34.

para fazer ou não fazer alguma coisa, para ter ou não ter algo, ou, ainda, a autorização para exigir, por meio dos órgãos competentes do Poder Público ou através dos processos legais, em caso de prejuízo causado por violação de norma, o cumprimento da norma infringida ou a reparação do dano sofrido[21].

Convencido de que o direito subjetivo se entende nele próprio como uma norma ou um produto de normas, Antonio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro sustenta que sua definição vem desenvolver, na ciência do direito, um máximo de eficácia possível no ordenamento, e explica:

> o direito subjectivo é sentido, não como um puro instrumento técnico, reservado a juristas, mas como vantagem pessoal, a conquistar e defender. Demonstra o uso crescente, feito pelas constituições e por outros instrumentos jurídicos ou políticos, da expressão 'direito': direitos fundamentais, direitos humanos, direito dos trabalhadores, direito das minorias. Esta generalização do direito subjectivo tem conotações diferentes das liberais oitocentistas: transcende a propriedade, alargando-se a sectores, contudo, algo se mantem: formalmente, os direitos subjectivos da actualidade são posições de liberdade, concedidas, ou melhor, reconhecidas às pessoas; materialmente, implicam, para os beneficiários, vantagens econômicas e outras[22].

Admitindo a tradicional aceitação do binômio direito subjetivo e direito objetivo e suas respectivas referências como *norma agendi* e *facultas agendi*[23], Everardo da Cunha Luna reconhece as íntimas as relações entre ambos. Por isso, admite que melhor seria que o direito objetivo se chamasse, simplesmente, direito, e o subjetivo, direitos. Segundo ele, "tendo-se direitos, estar-se-ía protegido pelo direito"[24].

Muito embora a lógica induza à conclusão de que é do direito objetivo que deriva o subjetivo, por conformar-lhe como prerrogativa conferida pelo ordenamento positivo, sabe-se que, historicamente, o direito subjetivo é anterior ao direito objetivo. Ora, o direito subjetivo apresenta-se como um produto anterior das relações intersubjetivas travadas na antiguidade, portanto, produto das situações jurídicas subjetivas criadas pelos próprios indivíduos em defesa dos seus interesses.

---

[21] DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

[22] MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p.668-669.

[23] Na explicação do autor, a distinção entre os termos decorre da natureza, a um tempo formal e material, do ordenamento jurídico, que se integram e se harmonizam no conceito da norma. Segundo ele, o direito objetivo identifica-se com a norma, formalmente considerada, e o direito subjetivo, com o conteúdo da norma, com a matéria ou substância jurídica, interesses protegidos que se transformam, conforme uma concepção teleológica, em bens jurídicos (LUNA, Everardo da Cunha. Abuso de Direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p.34).

[24] Ibidem, p.36.

Nesse raciocínio, observa Miguel Reale, o direito subjetivo tem como núcleo de sua essência a pretensão, "unida à exigibilidade de uma prestação ou de um ato de outrem"[25]. Acrescenta ainda a necessidade de compreensão do direito subjetivo em seu duplo momento, qual seja, o normativo (referente à previsibilidade tipológica da pretensão) e o da razoabilidade da pretensão (através de garantia específica). Sobre este último, ele explica que "este segundo momento pontualiza ou verticaliza, por assim dizer, a norma no sentido de um sujeito, que converte a pretensão abstrata, enunciada genericamente na regra de direito, numa pretensão concreta. Sem a ideia de pertinência, não há, pois que falar em direito subjetivo"[26].

Aqui, uma breve consideração: ao lado dos direitos subjetivos, também surgem os seus respectivos deveres. Ou seja, na mesma medida em que os direitos do homem representam a sua personalidade como parte da sociedade, estes também adentram na esfera moral dos deveres. Até por que, como já afirmou Everardo Cunha da Luna, "ter direitos equivale a ter o dever de exigi-los, de defendê-los, de fazê-los efetivos"[27]. Nessa projeção, sabe-se que, para todo direito subjetivo existe outro que o limita. É o que se entende pela relatividade dos direitos subjetivos, caráter fundamental deste instituto na contemporaneidade, segundo o qual tais prerrogativas limitam-se na conformidade dos fins a que destinam as normas jurídicas, bem como o que informa o direito alheio.

Se a relatividade dos direitos subjetivos aumenta na proporção da complexidade das relações interpessoais, testemunhou-se, ao longo da evolução do direito civil, o surgimento dos institutos aptos a impor necessária limitação ao exercício dos direitos subjetivos, tais como a teoria da imprevisão, a teoria do risco, do enriquecimento ilícito e do abuso do direito[28].

Ocorre que nem sempre foi assim. Desde a Idade Média, adentrando pelo direito romano, não faltava quem defendesse o caráter absoluto destas prerrogativas. O principal deles, como não poderia ser diferente, era o direito de propriedade[29]. Assim, o senhor da terra, inserido numa cultura eminentemente rural e patrimonialista, detinha todos os poderes sobre a sua propriedade, como também sobre todos que nela estivessem, fazendo prevalecer um contexto de individualismo e servidão.

De fato, o direito de propriedade era exercido ilimitadamente e cada vez mais protegido pela certeza de que se tratava de um direito absoluto, intangível, quase sagrado. Nesse sentido é que os registros que denotavam objeção às práticas tiranas daqueles que

---

[25] REALE, Miguel. **Função Social do contrato**. Disponível em: <www.miguelreale.com.br/artigos/funscont.htm> Acesso em: 13 ago 2010.

[26] Idem. **Filosofia do Direito**. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.260.

[27] LUNA, Everardo Cunha da. **Abuso do Direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p.41.

[28] Ibidem.

[29] VICENZI, Brunela Viera de. **A boa-fé no processo civil**. São Paulo: Atlas, 2003.

detinham tal garantia despontavam, justamente, quando surgiu a doutrina da *aemulatio*, nos idos da Era Medieval, e da *exceptio doli*, testemunhada pelo direito romano.

Com efeito, a partir da evolução conceitual da noção de direito subjetivo, resulta que todo indivíduo possui uma esfera de liberdade. No entanto, o homem não vive isolado do restante da sociedade, ao contrário do que por muito tempo pretendeu pensar o individualismo. Percebeu-se, enfim, que a convivência em uma coletividade impõe a necessidade de fixação de limites à esfera de atuação de cada indivíduo, inclusive como uma maneira de permitir que cada um possa desfrutar verdadeiramente da sua liberdade, principalmente por que esta pressupõe fronteiras.

É o que bem pondera Rosalice Fidalgo Pinheiro que, referindo-se ao papel do abuso do direito, indaga qual a importância desta teoria diante da concepção valorativa das situações subjetivas. Na opinião da autora, se antes a teoria do abuso do direito consistia em meio através do qual a doutrina se valia para reprimir a ilegalidade do direito subjetivo, atualmente trata-se de um dos principais instrumentos "dos quais se opera a intervenção corretiva do elemento axiológico normativo do conteúdo do direito subjetivo[30].

Por tais considerações, é possível atribuir a gênese da noção de abuso do direito à época da ocorrência do fenômeno de relativização dos direitos subjetivos, necessário quando finalmente se verificou notória insatisfação da sociedade com o paradigma enraizado.

A concepção de que aquele que exercia um direito não agia com culpa e, por tal razão, também não incorreria em responsabilidade, prevaleceu por alguns anos após o Código de Napoleão, até o momento em que os tribunais franceses finalmente passaram a aceitar e aplicar a teoria do abuso do direito, como será exposto em tópico próprio.

2.1.1 A importância das doutrinas da *aemulatio* e *exceptio doli* na relativização dos direitos subjetivos

Numa reação ao espírito egoísta dos direitos subjetivos e ao caráter absoluto que os acompanhava na Idade Média, principalmente no campo do direito de propriedade, tinha início a caminhada pela relativização daquelas prerrogativas individuais absolutas[31].

Tal progresso não se deu como um passe de mágica, tal como se, de repente, fosse possível tamanha transformação. Através da jurisprudência, constantemente renovada pela insistência da doutrina, como também da aplicação de teorias mais ou menos engenhosas,

---

[30] PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Abuso do direito e as relações contratuais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.29.

[31] SARAIVA, Vicente de Paulo. **O abuso do direito**. In: Direito em Ação. Universidade Católica de Brasília. n. 1 (dez. 2000). Brasília: Universa, 2000.

ainda assim, sem atentar de forma direta a letra da lei, "se conseguiu realizar o milagre da sua adaptação às contingências da vida, atualizando-se o seu conteúdo"[32].

Nesse passo, já se podia enxergar significativa perda do caráter individualista que os direitos subjetivos carregavam no plano prático. Aos poucos, algumas limitações foram sendo impostas ao seu pleno exercício, em nome do interesse coletivo, da ordem pública e dos bons costumes. Nesse aspecto, é de acrescentar o oportuno comentário de Pedro Batista Martins, quando este atribui à jurisprudência o mérito da exitosa missão de socialização do direito:

> a adaptabilidade da lei, a maleabilização dos seus preceitos tornou-se necessidade tão imperiosa que se pode afirmar, sem receio de contestação, que a jurisprudência tem sido, nestes últimos tempos, graças aos esforços empregados nesse sentido, a precursora das reformas legislativas mais importantes[33].

De fato, procede este comentário, principalmente sob o testemunho da evolução da teoria do abuso do direito. Esta, diga-se de passagem, não percorreu um caminho curto até a sua consagração e sua expressa disposição nos textos legais.

Não apenas isso. Deveria preexistir um direito subjetivo legítimo, sendo também necessária a demonstração do dano e, além disso, exigia-se que o ato realizado fosse manifestamente inútil para o agente[34].

O fito exclusivo de prejudicar era, dentre todos, o principal requisito para que o ato praticado pudesse ser reprovado socialmente. Contudo, como aqui já se disse, tais entendimentos nunca mereceram expressa previsão em qualquer texto legal, afinal, prevalecia a regra de que os direitos subjetivos eram absolutos[35]. Por tal razão, em geral, tais cuidados não passavam de meras limitações do exercício do direito de propriedade[36].

---

[32] MARTINS, Pedro Baptista. **Abuso do direito e ato ilícito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1941, p.11.

[33] Ibidem, p.12.

[34] AMERICANO, Jorge. **Do abuso do direito no exercício da demanda.** 2. ed. São Paulo: Saraiva & CIA Editores, 1932.

[35] LUNA, Everardo Cunha da. **Abuso do Direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p.110.

[36] É verdade que a doutrina da *aemulatio*, segundo Renan Lotufo, a medida que foi se desenvolvendo, "com o curso do tempo, foi sendo ampliada a sua aplicação, que acabou abrangendo os atos nas relações de vizinhança" (LOTUFO, Renan. **Código Civil Comentado**: parte geral (arts. 1º a 232). 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.499). A par disso, pontua Menezes Cordeiro: "as relações de vizinhança implicavam, já no Direito romano, limitações impostas pela necessidade de uma convivência pacífica. Reside aí a origem das servidões prediais mais antigas. O desenvolvimento posterior das servidões, que atingiria proporções consideráveis, denota a importância revestida, desde sempre, pelas relações de vizinhança [...]. Os conflitos de vizinhança são uma área privilegiada para a aplicação do abuso do direito, seja no direito romano, seja no espaço jurídico francês do séc. XIX, seja, finalmente, na actualidade" (MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p.675-676).

Praticava-se, portanto, o ato abusivo pela *aemulatio*, entendida como atos maliciosamente praticados pelo possuidor de um determinado direito, com única intenção de causar danos a outrem, sem que isso lhe resultasse qualquer proveito. Verifica-se, nesse quadro, o *animus nocendi*, elemento que caracterizava a ausência de moderação e respeito na prática de qualquer ato próprio[37]. Contrário ao senso comum e aos costumes que ditavam os hábitos da época, os atos emulativos passaram a ser alvo de severo combate pelos mais incomodados com o quadro desenhado.

Foi assim, então, quando primeiro se observaram os clamores pela proibição dos atos emulativos. A doutrina da *aemulatio*, desenvolvida na Idade Média, propugnava pela inadmissibilidade da execução de qualquer ato com *animus nocendi* [38].

Construída, portanto, na Idade Média, a doutrina dos atos emulativos surge no momento em que a sociedade há muito já se incomodava com o quadro de absolutismo dos direitos subjetivos, a ponto de os mesmos serem exercidos pelas pessoas com o único fim de prejudicar outrem, sem sequer obter qualquer proveito para si. Adicione-se que tais situações eram comumente observadas no âmbito do direito de propriedade, tendo sido esta era o "berço" da origem desta doutrina[39].

Nasce, à luz desse paradigma, a teoria da *aemulatio*, que ganha destaque naquele cenário de emulação por excelência, como símbolo da inquietação da sociedade, clamando para que os prejuízos causados por tais exageros fossem devidamente reparados.

De fato, era nítido o desvirtuamento dos direitos de propriedade, o que leva ao registro de que a noção do abuso do direito guardou sua origem na proibição dos atos emulativos na era medieval. Nesse sentido, é salutar a lembrança de que, muito embora ao Direito Medieval pertença o mérito do surgimento da doutrina da *aemulati*o, que trouxe em seu bojo o primeiro passo para a relativização dos direitos subjetivos, sabe-se que tal construção se deu de forma espaçada, sem a regulação normativa com a qual a sociedade moderna se acostumou. Anote-se, a propósito, a lição de Orlando Gomes, em obra atualizada por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito:

> a teoria do abuso do direito resulta da concepção relativista dos direitos. O individualismo jurídico firmara a diretriz de que podiam ser exercidos como aprouvesse ao titular, tomando ao pé da letra o princípio *neminem laedit qui suo utitur*. A reação desencadeou-se no começo do século, como tendência para admitir a relatividade dos direitos. Embora aparentada à doutrina medieval dos atos de emulação, a teoria do abuso do direito é construção doutrinária nova[40].

---

[37] Op. Cit. LUNA, p.110.

[38] JORDÃO, Eduardo. **Repensando a teoria do abuso de direito**. Salvador: JusPodivm, 2006.

[39] SARAIVA, Vicente de Paulo. O abuso do direito. In: **Direito em Ação. Universidade Católica de Brasília**, v.1, n. 1, Brasília: Universa, 2000, p.149.

[40] GOMES, Orlando. **Contratos**. Atualizado por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.119.

No direito romano também não faltaram vestígios da prática dos atos emulativos, onde era possível testemunhar os mais grosseiros abusos sob o pretexto de se exercitar determinado direito reconhecido por lei, exercidos com pura malícia. Diante desse quadro, a prioridade da proibição da emulação nas relações de vizinhança começava a perder relevância em razão de sua absorção pela teoria do abuso do direito, que se desenvolvia à medida que se notava que o exagero no exercício do direito de propriedade se revelava uma constante.

Não à toa, como não poderia ser diferente, a indignação da sociedade também aumentava na mesma proporção, chegando ao ponto daquilo que era visto como briga entre vizinhos chegar aos tribunais.

Foi, então, na França do século XIX que se desenvolveu a teoria do abuso do direito como um instituto eminentemente jurisprudencial que, posteriormente, foi abraçado pela doutrina até ganhar corpo como instituto jurídico.

Isto é discussão para o tópico seguinte. Por hora, cumpre registrar que a marca distintiva entre os atos emulativos e a teoria do abuso do direito é que, no primeiro caso, exigia-se a comprovação da intenção de que o agente estaria exercendo maliciosamente o seu direito, enquanto que o segundo instituto já se delineava pelo simples fato de o sujeito exercer o seu direito causando prejuízos a terceiro, independente da prova da existência de qualquer outro elemento que o configurasse.

Imediatamente após a ocorrência da doutrina dos atos emulativos, já no Direito romano, também teve lugar na construção da teoria do abuso do direito a doutrina da *exceptio doli*, sendo que por caminho diverso, mas que se encontram posteriormente.

A *exceptio doli* refere-se a um desdobramento da boa-fé objetiva e pressupõe a interrupção de determinado ato atentatório ao seu direito, tal como um meio de defesa em face de uma ação injusta ou abusiva contra alguém[41]. Vale dizer, a boa-fé objetiva possui trajetória histórica inicialmente diversa do que viria a se consagrar como teoria do abuso do direito[42].

O direito romano, na tradição do direito comum, reconhecia um papel duplo na *exceptio doli,* base da sua repartição por duas "exceções" diferenciadas: num caso, o réu contrapunha à ação o incurso do autor em dolo, no momento da discussão da causa; noutro, o réu alegava a prática, pelo autor, de dolo, no momento em que a situação jurídica levada a

---

[41] LOTUFO, Renan. **Código Civil Comentado**: parte geral (arts. 1º a 232). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

[42] "A *exceptio doli* permitia, no Direito Romano, uma vez inserida na fórmula, deter uma *actio*, por circunstâncias várias, injusta. Viu-se como, nos *bonae fidei iudicia*, a inserção não era mais necessária, dada a regra, aí reinante, da inerência. Recolheram-se, então, elementos suficientes para infirmar a consagração, no Direito romano, do abuso do direito, através dessa *exceptio*. [...]. No Direito comum, a *exceptio doli*, dotada de nível substantivo e despojada de várias aplicações lapidares, em termos de se tornar figura residual, incorreu em tratamentos generalizantes. A sua utilização no combate ao abuso do direito seria, assim, possível" (MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p.675).

juízo, se formara. Portanto, desdobra-se a *exceptio doli* em dois aspectos: *exceptio doli generalis* e *exceptio doli specialis*[43].

No primeiro caso, mais extenso casuisticamente, era possível alegar a "exceção do dolo" contra aquele que pretendesse exercer uma posição jurídica indevidamente, interrompendo a sua pretensão. Entendida pela maioria como manifestação da proibição de agir contra os bons costumes, não demorou a que este instrumento de defesa passasse a ser efetivamente utilizado contra quem violasse a boa-fé. Segundo Antonio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, "sujeita-se à *exceptio doli* quem atentar contra a boa-fé e na medida em que o faça"[44].

A segunda projeção reside no sentido concreto na possibilidade de anulação do ato negocial cuja validade estivesse comprometida em razão da declaração inicial de vontade ter sido manifestamente viciada pelo dolo. Neste ponto, o dolo inicial na manifestação de vontade do autor do negócio comprometeria toda a cadeia[45]. Aliás, também restaria cabível o arbitramento de indenização pela prática dolosa que veio a contaminar do negócio como um todo.

Em termos mais práticos, evidencia-se a *exceptio doli specialis* como uma espécie do gênero *exceptio doli generalis*, valendo a constatação de que, quando se fala em atuação dolosa no âmbito de um negócio jurídico, entende-se a referência ao aspecto especial da exceção do dolo. Nos demais casos, a exceção do dolo volta-se à sua forma geral. Restaria, portanto, a *exceptio doli specialis* como uma particularização da exceção do dolo.

Vale dizer, a exceção mais conhecida no direito contratual pátrio é a prevista no artigo 476 do Código Civil atual, que se refere à regra do *exceptio non adimplenti contractus*, segundo a qual ninguém pode exigir que uma parte contratante cumpra com a obrigação por ele firmada se assim não o fizer. Em verdade, as remições referentes à aplicação destas teorias na seara dos contratos ainda merecerão atenção adequada em capítulo próprio da pesquisa, quando suas abordagens carecerão de maior especificidade.

Por hora, cumpre registrar a contribuição destas doutrinas no processo de relativização dos direitos subjetivos. Não foi à toa que se observou a importância destas normas e seus reflexos nas relações de vizinhança tanto na Idade Média, como no direito romano.

Em contrapartida, notadamente como um reflexo característico do direito romano, não faltou quem buscasse a repressão dos atos maliciosos alimentados pela intenção cruel de causar prejuízos a outrem. Notou-se, sobretudo, a tentativa dos jurisconsultos

---

[43] MOTA, Wagner. **Teoria dos atos próprios:** esboço de uma teoria do comportamento contraditório aplicada ao direito. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Salvador, 2006.
[44] Idem. **Tratado de Direito Civil Português**: parte geral. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p.250.

[45] LOTUFO, Renan. **Código Civil Comentado**: parte geral (arts. 1º a 232). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

romanos de encontrar freios à prática de atos abusivos a partir da flexibilização do absolutismo dos direitos subjetivos, criando um novo paradigma, desta vez tendente a desmistificar a ideia de que não agia com culpa e, portanto, estaria isento de qualquer responsabilidade em caso de dano, o sujeito que estivesse exercendo o seu direito subjetivo.

Dali para frente, passou a caber aos magistrados a difícil tarefa de distinguir a Moral e o Direito, identificando, no caso concreto, as situações em que o exercício de determinado direito ou prerrogativa ultrapassava os limites da moralidade e dos bons costumes. O fato é que, aos poucos, os tribunais franceses, notadamente influenciados pelos rumores de igualdade, solidariedade e fraternidade - que mais tarde eclodiria na histórica Revolução Francesa do século XIX – passaram a adotar este posicionamento em vista dos casos nos quais envolviam conflitos entre vizinhos[46].

Foi nesse passo, portanto, que a teoria do abuso do direito passou a ser utilizada como instrumento apto a solucionar determinados casos concretos na França do final do século XIX e início do século XX. Nasciam, nesse contexto, os primeiros rumores da teoria do abuso do direito, que veio a ser confirmada com o reforço providencial da doutrina francesa.

2.1.2 O *leading case* francês

Era uma vez um sujeito, proprietário de um terreno vizinho a um campo de voos e pousos de dirigíveis, que resolveu construir, sem qualquer justificativa plausível ou interesse próprio, enormes torres com lanças de ferro pontiagudas colocadas em seu vértice, as quais, por sua vez, passaram a representar grande perigo às aeronaves que aterrissavam no terreno do seu vizinho, causando-lhe uma série de prejuízos. Este é o famoso caso de Clement Bayard, ocorrido no ano de 1912, julgado em 1915, na França, pela Corte de Amiens – um dos exemplos preferidos entre aqueles que se dedicam ao estudo da teoria do abuso do direito[47].

Há que se destacar o contexto histórico deste evento. Naquela oportunidade, não seria outra a defesa do causador dos danos senão a alegação de que estava exercendo direito subjetivo próprio, qual seja, o direito de propriedade, que lhe permitia construir, remover, acrescer, deslocar o que assim quisesse e bem entendesse como necessário em seu terreno.

---

[46] MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2007.

[47] GOMES, Orlando. **Contratos**. Atualizado por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2008; JORDÃO, Eduardo. **Repensando a teoria do abuso de direito**. Salvador: JusPodivm, 2006; PEREIRA, Caio Mário da Silva Pereira. **Instituições de Direito Civil**. v.1. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

De fato, como aqui já fora dito, a ciência do direito não mais poderia chancelar condutas nitidamente revestidas de malícia sob o único pretexto do exercício de um direito subjetivo, portanto, absoluto e ilimitado em qualquer hipótese. Assim como na vida, também no direito, a tendência repressiva à tirania dessas prerrogativas começava a se profetizar. A corte francesa considerou abusiva a conduta daquele sujeito que aparentemente estava no exercício do seu direito subjetivo de legítimo proprietário do terreno, condenando-o, então, à indenização pelos danos causados ao proprietário do terreno vizinho.

Acrescente-se que, mesmo antes deste fatídico episódio, o qual ficou marcado como um "divisor de águas" para o desenvolvimento da teoria, as primeiras decisões judiciais do que, posteriormente, na doutrina e na jurisprudência, viria a ser assim consagrada como abuso do direito, datam da fase inicial da vigência do Código de Napoleão:

> em 1808, condenou-se o proprietário duma oficina que, no fabrico de chapéus, provocava evaporações desagradáveis para a vizinhança. Doze anos volvidos, era condenado o construtor de um forno que, por carência de precauções, prejudicava um vizinho. Em 1853, numa decisão universalmente conhecida, condenou-se o proprietário que construíra uma falsa chaminé, para vedar o dia a uma janela do vizinho, com quem andava desavindo. Um ano depois, era a vez do proprietário que bombeava, para um rio, a água do próprio poço, com o fito de fazer baixar a água do vizinho. Seguir-se-íam, ainda, numerosas decisões similares, com relevo para a condenação, em 1913, confirmada pela Cassação, em 1915, por abuso do direito, do proprietário que erguera, no seu terreno, um dispositivo dotado de espigões de ferro, destinado a danificar os dirigíveis construídos pelo vizinho[48].

Complementa Eduardo Jordão que, em relação ao caso Clement Bayard, cuja decisão somente foi prolatada em 1915, "não há como conferir-lhe qualquer primazia, como fazem alguns autores"[49]. Segundo ele, a esta altura, além de já ter sido tema de inúmeros trabalhos doutrinários, a noção de relatividade dos direitos subjetivos já se encontrava positivada em uma diversidade de ordenamentos jurídicos, tais como o código civil alemão e suíço, além de constar, ainda que obliquamente, do artigo 160, I, do projeto do Código Civil Brasileiro.

A doutrina em referência, que ganhava notoriedade ao passo que os tribunais passaram a dela se utilizar para solucionar casos nos quais se chocavam o exercício dos direitos subjetivos e a esfera de proteção do direito alheio, não chegou a merecer expressa previsão no Código Civil francês. Verdade que não se verificou no Código de Napoleão qualquer referência ao abuso do direito, nem mesmo consagrou-se qualquer limite aos direitos

---

[48] MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p.671.

[49] JORDÃO, Eduardo. **Repensando a teoria do abuso de direito**. Salvador: JusPodivm, 2006, p.61.

subjetivos, tampouco alguma menção a uma cláusula geral de responsabilidade civil onde pudessem ser encaixadas possíveis soluções nos casos concretos[50].

Daí se constata que as decisões judiciais que consagraram o abuso do direito não puderam, pois, basear-se em disposições ou referências legais, razão por que costuma se remeter a gênese desta teoria aos aspectos eminentemente jurisprudenciais verificados na França do século XIX.

Valoriza-se, nessa esteira, a tendência à relativização dos direitos subjetivos que, até então, eram objeto de uso, gozo, fruição e disposição de maneira absoluta e irrestrita[51].

De fato, a idéia de que os tais direitos podiam ser exercidos de forma ilimitada começava a incomodar a sociedade européia e os estudiosos da matéria. E não poderia ser diferente, vez que estava se falando de condutas que poderiam causar danos a outro alguém, frise-se, também legítimo possuidor de direitos subjetivos[52]. Assim, corria-se o risco de não ser possível desvendar qualquer solução adequada ao caso *sub judice*, vez que o causador do dano restaria isento de qualquer responsabilização, restando à vítima prejudicada conformar-se diante do fato de que o mesmo amparava-se o pretexto de estar exercendo seu direito subjetivo, portanto, revestido de proteção[53].

Nada obstante não pertencer à França todo o mérito da criação da teoria do abuso do direito, pode-se concluir que a jurisprudência francesa foi o pilar do desenvolvimento e consagração da mesma que, por óbvio, não poderia ser resumida ao registro de algumas decisões contudentes, porém não solidificadas sobre o assunto. A par disso, sinaliza Antonio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro a constatação de que o instituto do abuso do direito não teve consagração suficiente no direito romano, nem mesmo com uma terminologia diversa. Na lição do autor português, "tão pouco uma alegada proibição de actos de *ad emulationem,* a *exceptio doli* ou a regulação dos conflitos de vizinhança podem, com propriedade, ser apontados como antecedentes lineares"[54].

---

[50] MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2007.

[51] JORDÃO, Eduardo. **Repensando a teoria do abuso de direito**. Salvador: JusPodivm, 2006.

[52] "A análise de outras decisões reforça a constatação: recorre-se, na condenação por abuso do direito, à necessidade de deixar o vizinho gozar, também, da propriedade, à inexistência de utilidade própria no acto de exercício questionado, à utilização do direito como fim diverso do considerado pela lei que o atribuíra, à ocorrência de falta grave ou de intenção de prejudicar, por exemplo, sem fazer qualquer referência à *emulatio,* à *exceptio doli* ou à *bona fides*" (Op. Cit. MENEZES CORDEIRO, 2007, p.678).

[53] AMERICANO, Jorge. **Do abuso do direito no exercício da demanda.** 2. ed. São Paulo: Saraiva & CIA Editores, 1932.

[54] MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p.677.

Ora, sabe-se que os tribunais franceses, diante daquele paradigma controvertido, aos poucos, passaram a disseminar as bases da teoria que ali ganhava corpo e se desenvolvia, favorecendo a absorção do instituto do abuso do direito em diversos ordenamentos europeus de maneira sólida e eficiente.

Os primeiros julgamentos proferidos pelos tribunais franceses fundamentavam-se na tentativa de reprimenda ao exercício ilimitado e imotivado da propriedade com o intuito de causar dano a terceiro. Aplicavam-se alguns preceitos da teoria do abuso do direito, que passou a merecer muito mais atenção dali para frente.

Em relação ao supracitado caso de Clement Bayard, são comuns algumas referências merecidas na doutrina a este famoso acontecimento como sendo a "mola propulsora"[55] da teoria do abuso do direito, entre outros episódios daquela ordem.

Como já é cediço, à época do Código Civil Napoleônico, não havia qualquer menção expressa ou implícita do abuso do direito e, portanto, não se enxergava nenhuma norma que possuísse o condão de limitar o exercício de direitos. Foi por esta razão que as decisões dos tribunais franceses que acatavam a teoria do abuso do direito não mencionavam qualquer norma expressa constante do Código Civil Francês. Assim, embora reconhecida, em moldes repetidos pela jurisprudência francesa, a teoria do abuso do direito não alcançou, junto à doutrina correspondente, um nível satisfatório de exploração científica. É o que sustenta Antonio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, ao afirmar que faltou "o estabelecer de um conjunto claro de regras que permitissem delimitar com precisão as fronteiras do exercício dos direitos subjetivos, respeitar a função que justificara a sua atribuição"[56].

A despeito daquela realidade, as cortes fundamentavam suas decisões nos princípios da moral e da equidade. Nessa linha, apontava-se a necessidade de serem estabelecidos limites ao exercício exagerado do direito subjetivo, mas principalmente na incoerência do exercício daquele direito com um fim diverso do proposto, entre outros fundamentos que tentavam explicar que ao titular de um direito não é razoável a sua utilização com a intenção de prejudicar o outro.

É preciso ponderar que as decisões judiciais das cortes francesas – esparsas e assistemáticas – não seriam, somente elas, suficientes à elaboração de uma teoria científica voltada à construção da teoria do abuso do direito. Em verdade, como se sabe, despertaram na doutrina a percepção da necessidade de elaboração de uma teoria relativa ao instituto que então se apresenta como de fundamental importância na solução de casos concretos. Teria a jurisprudência, portanto, um papel de propulsor das preocupações e estudos dos juristas da virada daquele século[57]. Neste sentido é que salta aos olhos o equívoco quanto à atribuição de

---

[55] CAVALIEIRI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

[56] MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **Tratado de Direito Civil Português**: parte geral. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p.242.

[57] JORDÃO, Eduardo. **Repensando a teoria do abuso de direito**. Salvador: JusPodivm, 2006.

primazia e exclusividade a este fato em relação ao surgimento da teoria do abuso do direito sem sequer considerar o importantíssimo papel desenvolvido pelos estudiosos do tema ao longo dos anos, que se dedicaram à sua melhor e mais ampla compreensão, enriquecendo-o, até a sua consagração.

Contraria inicialmente, mas não nega esta explicação, o ensinamento de Luiz Sérgio Fernandes de Souza, ao inferir que as máximas e aforismos extraídos do direito romano não são o bastante para fundar um princípio de ordem geral. Em suas palavras,

> a doutrina mesmo do abuso do direito não encontra fundamento no direito romano, na *aemulatio*, embora existam ali alguns casos de vedação da prática de atos lesivos sem utilidade própria, mas antes com interesse de lesar. Não obstante, interessa pôr em relevo a riqueza do direito pretoriano na tutela de novas pretensões, o trabalho de adequação das velhas fórmulas às exigências históricas, numa atitude tópica que, sem dúvida, acabou influenciando o desenvolvimento da teoria da *aemulatio* no direito medieval[58].

À medida que se verificava o crescimento teórico, voltado à aplicação prática da teoria do abuso do direito de forma mais amadurecida pelas cortes francesas, estudiosos de toda a Europa também apostaram nesta ideia, favorecendo, portanto, o marcante processo de consolidação e consagração da teoria correspondente[59].

É com base nestes alicerces históricos que cercaram a gênese, o desenvolvimento e a disseminação da teoria do abuso do direito que, no próximo tópico, esta presente pesquisa se direciona à exposição das principais teorias professadas por estudiosos europeus acerca do instituto em comento.

2.1.3 A influência das correntes teóricas na evolução da Teoria do Abuso do Direito

É sabido que a doutrina do abuso do direito não foi imediata e pacificamente aceita pela unanimidade da doutrina. Esta, inclusive, é uma de suas peculiaridades, haja vista que as objeções destinadas ao instituto do abuso do direito não foram de encontro à essência do instituto.

---

[58] SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes de**. Abuso de direito processual**: uma teoria pragmática. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p.22.

[59] Nesse raciocínio, já afirmava Pedro Batista Martins: "A teoria do abuso do direito é indestronável. Nascida de imperiosas necessidades econômicas, ela constitui, com a teoria do risco e da instituição, um dos meios mais adequados à socialização do direito. Reprezada pelas barreiras do individualismo jurídico, de que ainda se acham impregnados os códigos civis da burguesia, ela tem rompido esses obstáculos, graças a ação agressiva da jurisprudência e aos esforços conjugados dos juristas e sociólogos" (MARTINS, Pedro Baptista. **Abuso do direito e ato ilícito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1941, p.259).

Ou seja, nenhum dos opositores à teoria do abuso do direito argumentou suas objeções no sentido de negar a necessidade de repressão ao exercício abusivo dos direitos subjetivos. Este sentimento social, inclusive, já se destacava nas origens remotas do direito romano. As críticas voltadas à teoria que ali se construía fincavam seus argumentos nos mais diversos aspectos, desde a negação da existência de um direito subjetivo a ser exercido até a própria nomenclatura que definia a teoria.

Em verdade, naquele contexto do surgimento do abuso do direito como um instituto notadamente jurisprudencial, a doutrina francesa passou, efetivamente, a elaborar a teoria correspondente, numa tentativa de conferir subsídio teórico às decisões dos tribunais, que dela se valiam cada vez com mais frequência. É exatamente conforme explica Eduardo Jordão:

> trata-se, portanto, de construção científica com o objetivo de determinar as razões pelas quais os ditos 'atos abusivos' devem ser juridicamente sancionados. A resposta não é óbvia como poderia parecer, já que 'a favor dos abusadores' atuaria um direito subjetivo, que lhe permitia realizá-los. Pelo menos à primeira vista, não haveria como reputar sem qualquer razão o abusador que pretendesse escusar-se da reprimenda jurídica alegando que agiu como agiu por que o Direito lhe permitia fazê-lo. Parecia ilógico reprimir a prática de um ato permitido. Como explicar esta sanção?[60].

Por esta razão, também, mesmo diante do contexto do abuso do direito provocando significativo avanço no fenômeno da relativização dos direitos subjetivos, não faltou quem oferecesse resistência ao seu pleno desenvolvimento, pelo menos inicialmente.

Por outro lado, justiça seja feita, não há como negar o imenso valor que as discussões doutrinárias travadas na Europa do século XX representaram para a evolução e consagração da teoria do abuso do direito. Mesmo não tendo conseguido alcançar unanimidade entre os pensadores da época, o embate por eles promovido favoreceu a abertura de vastíssimo campo para o aperfeiçoamento da teoria na contemporaneidade.

Foram inúmeras as objeções formuladas por aqueles que se dedicaram ao tema, mas que não se convenciam da sua adequação naquele contexto. Sobre os rumores nos quais se destacaram as teorias negativistas do abuso do direito, explica Caio Mário Pereira da Silva que a controvérsia começou na sustentação da teoria em si mesma, pois se havia autores que defendiam a sua procedência, não faltava quem se insurgisse contra ela, "apontando na expressão mesma de sua designação uma *contradictio in adjectio*, pois que a idéia de abuso já é a negação do direito, enquanto o conceito de direito repele a noção de abuso"[61].

Assim, desde o seu surgimento, a teoria do abuso do direito enfrentou severos adversários, dentre os quais, defensores do absolutismo e intangibilidade dos direitos

---

[60] JORDÃO, Eduardo. **Repensando a teoria do abuso de direito**. Salvador: JusPodivm, 2006, p.65.

[61] PEREIRA, Caio Mário da Silva Pereira. **Instituições de Direito Civil**. v.1. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.670.

subjetivos, bem como os que sequer os reconheciam como direitos, mas sim como prerrogativas inerentes ao ser humano.

Em verdade, atualmente, a teoria do abuso do direito é tão difundida nos mais diversos ordenamentos mundo afora, que restaria redundante qualquer necessidade de reafirmação.

Contudo, como é sabido, nem sempre foi assim. Foi em virtude da busca por um conceito do festejado instituto que se destacava naquele contexto, em meio aos diversos questionamentos que circundam a teoria que lhe nominou – para alguns, muito sugestiva[62] - que surgiram diversas teorias, entre as quais umas procuravam justificar, enquanto outras insistiam em negar a construção da teoria do abuso do direito. De fato, foram tantas as teorias que se destacaram no século XX, e chegaram mesmo a prevalecer, que é imperioso que se trate deste instituto partindo das teses que tentaram negá-lo para, então, alcançar as teses de afirmação que finalmente prevaleceram.

As teorias negativistas inspiravam-se na tentativa de negação da existência desta teoria, salientando as suas falhas e dissonâncias com o ordenamento jurídico em vários aspectos.

Em primeira análise, merece destaque a insistência de León Duguit, propagador das suas mais célebres objeções à teoria em referência. Segundo ele, a teoria do abuso do direito negava o próprio conceito de direito subjetivo, reconhecendo apenas a existência das relações jurídicas objetivas, desconsiderando, portanto, o homem como detentor e titular de direitos, mas apenas como sujeito de deveres. É exatamente como explica Inácio de Carvalho Neto, ao referir-se à premissa de que a responsabilidade aumenta na razão direta do desenvolvimento da personalidade jurídica do homem, ou seja, proporcionalmente ao aumento dos seus direitos[63].

De fato, León Duguit nega o conceito de direitos subjetivos, reconhecendo tão somente as situações jurídicas objetivas. Nas palavras do próprio autor,

> o homem em sociedade tem direitos; mas esses direitos não são prerrogativas pela sua qualidade de homem; são poder que lhe pertencem por que, sendo homem social, tem obrigações a cumprir e precisa ter o poder de cumpri-las. Esses princípios diferem da concepção de direito individual. Não são direitos naturais, individuais, imprescritíveis do homem que fundamentam a regra de direito imposta aos homens em sociedade. Mas, ao contrário, por que existe uma regra de direito que obriga cada homem a desempenhar determinado

---

[62] MARTINS, Pedro Baptista. **Abuso do direito e ato ilícito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1941.

[63] CARVALHO NETO, Inácio de. **Abuso do Direito**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2005.

> papel social, é que cada homem goza de direitos – direitos que têm assim, por princípio e limites, o desempenho a que estes estão sujeitos[64].

Em termos práticos, é como se o pensador francês admitisse existir apenas deveres e não direitos inerentes ao homem. León Duguit tentou demonstrar a inexistência e irrelevância da teoria do abuso do direito, "como conseqüência lógica da própria negação do conceito de direito subjetivo"[65]. Na visão do pensador francês, não haveria que se falar em abuso do direito como o ato limítrofe entre o exercício lícito do direito subjetivo e o instante que em se transcende os limites do direito alheio, se sequer existia o direito subjetivo.

A crítica a tal teoria não poderia ser outra senão a constatação de que esta nada teria acrescentado à ciência jurídica e em nada trouxe solução ao impasse que ali se instaurava[66]. Segundo Pedro Batista Martins, "o erro do eminente chefe da escola realista está na generalização do princípio de que só há deveres, que o desejo de combater, como puro conceptualismo, o chamado direito subjetivo, levou a precipitar afoitamente"[67] (1941, p.23).

A segunda objeção, sustentada pelo italiano Mario Rotondi ainda no início do século XX, fundava-se na crítica à ausência de uma previsão da teoria em um dispositivo jurídico específico. O pensador considerava o abuso do direito como uma categoria metajurídica, um fenômeno que só existia de fato, sem previsão normativa no direito constituído[68].

Além disso, pontua Eduardo Jordão, citando Mario Rotondi, que a mesclagem dos elementos históricos e sociológicos que fundamentam a repressão aos atos abusivos na sua contrariedade à 'nova ciência jurídica coletiva', o abuso de direito seria um "fenômeno social, não um conceito jurídico, pelo contrário [é um] daqueles fenômenos que o direito não poderá jamais disciplinar em todas as suas aplicações que são imprevisíveis". Completa o autor italiano que se trata de "um estado de ânimo, é a avaliação ética de um período de transição, é aquilo que se queira, mas não é uma categoria jurídica"[69].

---

[64] DUGUIT, León. **Fundamentos do direito.** Tradução de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1996, p.27-28.

[65] CARPENA, Heloisa. Abuso do direito no Código de 2002: relativização de direitos na ótica civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **A parte geral do Código Civil**: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 380.

[66] Na explicação de Inácio de Carvalho Neto,a verdade simples para Duguit, como discípulo de Comte, é que "agir conformemente ao direito não é exercer um direito subjetivo; da mesma forma, praticar um ato cujo objeto não é em si contrário ao direito, mas cujo fim é lícito, é pura e simplesmente violar o direito objetivo" (Op. Cit.CARVALHO NETO, p.44).

[67] MARTINS, Pedro Baptista. **Abuso do direito e ato ilícito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1941, p.23.

[68] Ibidem.

[69] JORDÃO, Eduardo. **Repensando a teoria do abuso de direito**. Salvador: JusPodivm, 2006, p.79.

O teórico não negava, portanto, a existência do instituto, tampouco o direito subjetivo que qualificava a conduta abusiva no caso concreto, mas, até com certa ironia, negava veementemente a sua classificação como categoria jurídica. Há que se admitir que a corrente teórica italiana, liderada por Mario Rotondi, posteriormente fortalecida pelas lições de Luiz Alberto Warat[70], tentou reduzir a importância da teoria do abuso do direito a um fenômeno estritamente sociológico, numa projeção metafísica do contexto de exageros vivido no direito romano do século anterior, mas que o direito não poderia recepcioná-lo como uma figura jurídica, vez que esta sequer havia merecido previsão legal correspondente.

Há quem entenda que este raciocínio comprova a conclusão de que, se não houve completa negação da existência do abuso do direito, Mario Rotondi despertou a necessidade da positivação do instituto, na época, ainda fora do campo jurídico-normativo[71].

Aliás, há quem sustente que a noção de abuso do direito não serve apenas, como pretendia Rotondi, "ao relegar o problema para uma zona que se estende para lá da lei positiva", para paralisar as situações extremas de contradição entre os juízos de reprovação da consciência coletiva ou social e o conteúdo positivo da lei. É o que entende Fernando Cunha de Sá, ao inferir que "na disciplina do exercício dos direitos se contêm os elementos ou valores que asseguram, em maior ou menor medida, a prevenção dos atos abusivos"[72].

Em seguida, a teoria de Marcel Planiol, desenvolvida no início do século XX, mais precisamente entre as décadas de 20 e 30, tornou-se a mais famosa dentre as correntes de negação do abuso do direito[73].

Isso por que partiu do francês Marcel Planiol a mais séria acusação de contradição à teoria do abuso do direito ao manifestar primeiramente a idéia de que a própria nomenclatura referente ao instituto era contraditória. Em termos práticos, ele sustentava serem inconciliáveis os termos "abuso" e "direito", tendo em vista ser evidente a impossibilidade de

---

[70] *"[...] como tercera nota connotativa do abuso del derecho, se requiere: 'que él órgano encargado de la aplicación del derecho positivo, valore como más justa la prohibición emergente de la regla de acción social que la permissión del sistema legal y estabeleza por ello una nueva limitación de las posibilidades de obrar con vigencias jurídicas. [...]. En efecto, sólo cabe invocar el abuso del derecho, cuando no existe una norma legal que determine una limitación de obrar y se disea, no obstante ello, ampliar el campo de responsabilidad aunque solo sea para un caso concreto"* (WARAT, Luis Alberto. **Abuso del derecho y lagunas de la ley**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1969, p.67-68).

[71] CARPENA, Heloisa. Abuso do direito no Código de 2002: relativização de direitos na ótica civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **A parte geral do Código Civil**: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 377.

[72] SÁ, Fernando Cunha de. **Abuso do direito**. Coimbra: Almedina, 1999, p.316-317.

[73] Segundo Inácio de Carvalho Neto, "desde então, ninguém mais se ocupou da teoria do abuso do direito sem reproduzi-la, seja para sustentá-la, seja para combatê-la" (CARVALHO NETO, Inácio de. **Abuso do Direito**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2005, p.47).

abusar de um direito: ou bem se exercia o direito da forma que se permitia, ou já não se estaria fazendo uso de um direito, inexistindo uma terceira categoria[74].

Tratava-se, segundo Marcel Planiol, de uma logomaquia (leia-se contradição). São estas as palavras do mestre francês na Faculdade de Direito de Paris, traduzidas livremente por Inácio de Carvalho Neto:

> fala-se facilmente do uso abusivo de um direito como se essas duas palavras tivessem um sentido claro e preciso. Mas é necessário não nos iludirmos: o direito cessa onde começa o abuso, e não pode fazer uso abusivo de um direito qualquer, por que um mesmo ato não pode ser a um só tempo conforme e contrário ao direito[75].

Adicione-se a ressalva de que o questionamento colocado por Marcel Planiol em nada tem a ver com a consistência lógica da figura do abuso do direito, a ponto de levar a crer erroneamente que o caso de Clement Bayard, dentre os demais, devessem ter sido resolvidos em favor apenas daquele que buscou o prejuízo alheio, simplesmente pela contradição terminológica da expressão abuso do direito[76].

Muito pelo contrário.

Inclusive, Eduardo Jordão ressalta os exatos contornos desta crítica de Marcel Planiol e lembra que ela não se dirigiu ao próprio instituto, mas apenas a denominação que se lhe deu. O jurista explica adiante que "Planiol era absolutamente a favor da repressão aos chamados atos abusivos. Apenas entendia que aqueles atos que vinham sendo reprimidos pela jurisprudência sob a rubrica de 'abuso do direito' deveriam sê-lo sob o simples argumento de ilicitude"[77].

Mais do que se imagina, a corrente negativa da logomaquia foi suficientemente disseminada e, também por isso, foi alvo de diversas críticas, a exemplo do alerta de Pedro Baptista Martins, de que a abordagem na qual assenta a teoria do abuso do direito é muito mais séria do que se cogita, sem se resumir tão somente a um mero jogo de palavras[78]. Entretanto, foi na resposta de Louis Josserand que a máxima de Marcel Planiol encontrou sua crítica mais contundente:

> há direito e direito: o ato abusivo é simplesmente aquele que, realizado em virtude de um direito subjetivo cujos limites são respeitados, é, no entanto, contrário ao direito visto em seu todo e enquanto juridicidade, vale dizer,

---

[74] COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. v.1. São Paulo: Saraiva, 2003.

[75] Op. Cit. CARVALHO NETO, p.47.

[76] "Planiol questionava, a rigor, a noção de 'abuso do direito' por considerá-la vaga e imprecisa. Reconhecia, não obstante, seu largo emprego" (COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. v.1. São Paulo: Saraiva, 2003, p.362).

[77] JORDÃO, Eduardo. **Repensando a teoria do abuso de direito**. Salvador: JusPodivm, 2006, p.67.

[78] MARTINS, Pedro Baptista. **Abuso do direito e ato ilícito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1941, p.28.

> enquanto corpo de regras sociais obrigacionais. Pode-se perfeitamente ter para si tal direito determinado e, no entanto, ter contra si o Direito inteiro[79].

Esta lição de Louis Josserand, em verdade, recaía sobre a habitual confusão, que até então era comum, acerca da separação do direito subjetivo e objetivo. Segundo o testemunho dos próprios tribunais franceses, em suas fatídicas decisões datadas dos séculos XIX e XX, de certa forma, já se indicava a constatação de que uma conduta humana conforme a um determinado direito subjetivo poderia ser visto como uma prática em desacordo com o direito objetivo. A propósito, Inácio de Carvalho Neto se antecipa no comentário no sentido de que "o fundamento da teoria de Josserand é a ideia de que todos os direitos têm uma finalidade social, pelo que o direito não pode ser legitimamente utilizado senão de acordo com essa finalidade" [80], insistindo que qualquer outro uso além deste é abusivo.

Assim, além da grande dificuldade de se teorizar o abuso do direito, até ali considerado uma figura nova em meio ao contexto jurídico e social considerado, a ausência de positivação que regulasse os requisitos e fundamentasse o instituto também obstaculizava a consagração da teoria em definitivo[81]. Não à toa, em razão disso, a grande insistência do pensador francês neste sentido volta-se ao estabelecimento de critérios seguros para suficiente identificação do ato abusivo. De acordo com o que afirma Louis Josserand, identifica-se um viés subjetivo (posto que não desconsidera a necessidade de investigação de um motivo legítimo) e outro objetivo (ao confrontar a vontade com a função social do próprio direito em uso). A teoria finalista do abuso do direito tem nas palavras do autor o encontro dessas duas vertentes, antes ventiladas pelos teóricos que se dedicam ao tema:

> este critério engloba todos os critérios precedentes relacionados à intenção de prejudicar, da falta da falta de interesse: é evidente que a intenção de prejudicar, por exemplo, não se ajusta com o espírito de qualquer direito, e não pode pretender colorir socialmente os atos que nós realizamos ao exercermos nosso direito; ela é, por ela mesma, anti-social, antifuncional, portanto abusiva[82].

---

[79] Op. Cit. JORDÃO, p.69.

[80] CARVALHO NETO, Inácio de. **Abuso do Direito**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2005.

[81] NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais:** autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 2004.

[82] Tradução de livre do original: "*Implicitement, parce que ce crière englobe, dans as généralité, tous les critères précédents tirés de l'intention de nuire, de la faute ou du défaut d'intérêt: il est évident que l'intention de nuire, par exemple, ne cadre pás avec l'espirit d'um droit quelconque, qu'élle ne peut pás prétendre à colorer socialment les actes que nous accomplissons en exerçant no droits; elle est par elle même et intrinsécament antisociale, antfonctionelle, donc abusive*" (JOSSERAND, Louis. **De l'abus des droits**. Paris: Dalloz, 1927, p.387).

Não à toa, foi a partir das diversas críticas relacionadas à máxima defendida por Marcel Planiol que surgiram as primeiras correntes afirmativistas, na busca pela consagração da teoria do abuso do direito, resultando, posteriormente, na positivação do instituto[83].

De fato, não faltaram manifestações nesse sentido, entre as quais se destacaram diversos fundamentos tendentes à conformação da teoria do abuso do direito. Dentre estes, destaque para o argumento da equiparação do referido instituto ao princípio geral de interpretação das normas jurídicas[84], e caracterização do abuso do direito como um instrumento capaz de adaptar a norma à realidade social, além da capacidade de fixação das medidas de acordo com os próprios costumes de uma sociedade[85].

Entretanto, neste espaço será priorizada a corrente teórica erguida por Louis Josserand, por se entender ser a que se destacou de maneira mais completa e o que a fez merecer a adjetivação como a "teoria tradicional do abuso do direito"[86].

Na visão do jurista francês, o titular de qualquer direito pode utilizar-se de suas prerrogativas individuais, desde que elas não contrarie os interesses da sociedade, coletiva e individualmente considerada.

É merecido o destaque conferido ao trabalho de Louis Josserand, principalmente por que a crítica de Marcel Planiol encontrou maior e exaltada resposta na reflexão manifestada pelo pensador francês, pois, em sua visão, o verdadeiro critério de abuso do direito deve ser observado no desvio da sua finalidade ou função social. É também o que concordam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald ao sinalizarem que o grande contributo de sua concepção foi assinalar as bases estruturais do abuso de direito, quais sejam, a titularidade de um direito subjetivo, a sua utilização nos limites objetivos que lhe são traçados em lei, com respeito à letra da norma, e a confrontação do elemento subjetivo com a função do fim do direito em causa[87].

---

[83] MARTINS, Pedro Baptista. **Abuso do direito e ato ilícito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1941.

[84] De acordo com este fundamento, o abuso do direito consiste não só num problema de interpretação da norma jurídica, vendo nele aquilo que torna possível a adaptação do direito positivo à realidade social. [...]. A necessidade da teoria do abuso do direito se deveria, assim, à generalidade e abstração das normas jurídicas que ocasionariam, na sua aplicação às situações concretas da vida, injustiças e iniquidades; a utilidade da teoria do abuso do direito seria, pois, a de evitar essas soluções, quando elas fossem gravemente chocantes para o sentimento jurídico dominante" (CARVALHO NETO, Inácio de. **Abuso do Direito**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2005, p.51).

[85] LOTUFO, Renan. **Código Civil Comentado**: parte geral (arts. 1º a 232). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

[86] JORDÃO, Eduardo. **Repensando a teoria do abuso de direito**. Salvador: JusPodivm, 2006.

[87] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil**: parte geral. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

Analisa-se, conclusivamente, que a identificação do abuso do direito pode perfeitamente se inspirar no momento que o sujeito excede os limites do exercício do seu direito, mesmo sendo deste seu legítimo detentor. A ideia é salutar, tendo em vista que a discussão acerca do ato abusivo no plano fático revela uma preocupação do doutrinador e do operador do direito em limitar o exercício do direito subjetivo, evitando com isso o desvirtuamento da finalidade proposta pelo ordenamento. Verifica-se, desde logo, que a caracterização do ato abusivo encontra-se diretamente ligada ao estabelecimento de limites ao exercício dos direitos subjetivos, sujeitando-se aquele que ultrapassá-los às sanções civis correspondentes, por ingressar no pano da antijuridicidade.

Por fim, ainda há espaço para o destaque insistente e acertado de Silvio Rodrigues, que bem analisa o conflito entre as correntes que procuraram conformar a teoria do abuso do direito e acredita que a teoria, de fato, teria atingido o seu pleno desenvolvimento com base na concepção de Louis Josserand, que sustentava que os direitos são conferidos aos homens para serem usados da forma que melhor acomode o interesse coletivo, "obedecendo a sua finalidade, segundo o espírito da instituição"[88].

Na realidade, diversas influências teóricas cercaram o instituto do abuso do direito, o que resultou na busca incessante da construção científica do instituto "no cerne do direito subjetivo, procurando identificá-lo como resultado de uma contradição com um dos elementos valorativos do próprio direito"[89].

Com efeito, todas as teorias a favor do instituto buscaram, cada qual de sua forma, justificar o instituto do abuso do direito. Considerou-se, nessa esteira, que a razão legítima do sujeito titular de determinado direito subjetivo desaparece em razão do caráter imoral da intenção desse agente, ou ainda quando se percebe que houve deturpação dos fins éticos, sociais e econômicos esperados nos diversos ordenamentos mundo afora.

De toda sorte, a importância dos detalhes trazidos pelas mais variadas correntes e doutrinas pode ser vista a partir da combinação das mesmas ao longo da trajetória de construção e evolução, até o alcance da marcante consagração da teoria do abuso do direito.

2.1.4 As teorias subjetiva, objetiva e mista

Considerar a consistência ou inconsistência lógica da expressão abuso do direito ainda é assunto controvertido, razão por que se faz sempre oportuna a referência às correntes teóricas que nitidamente influenciaram no processo evolutivo da teoria correspondente.

---

[88] RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil:** parte geral. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p.314.

[89] CARPENA, Heloisa. Abuso do direito no Código de 2002: relativização de direitos na ótica civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **A parte geral do Código Civil**: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 379.

Com efeito, as críticas lançadas pelos juristas que tentaram negá-la em muito contribuíram para a posterior afirmação de sua essência e deram-lhe fortes subsídios para que fossem delineados os seus exatos contornos por aqueles que insistiam em afirmá-la, sem olvidar a sua importância na imposição de limites ao exercício de qualquer direito.

Na lição de Luis Guilherme Loureiro, "o abuso do direito, portanto, representa um marco na história jurídica, uma vez que determina o ocaso do conceito tradicional de direito subjetivo"[90].

O fato é que se fez presente e incontestável a participação da teoria do abuso do direito na operacionalização da solução de interesses em conflito, em especial nos países onde prevaleceu a tradição jurídica romanística[91]. Não à toa, algumas formulações marcaram a trajetória evolutiva da teoria do abuso do direito, a ponto de servirem, posteriormente, como critérios seguros para configuração do ato abusivo[92]. De um lado, desponta a teoria subjetiva a partir da qual se identificava o abuso do direito mediante investigação da intenção do agente ou identificação da sua conduta culposa.

Ao definir a teoria subjetiva como identificadora do exercício abusivo do direito com a única intenção de provocar danos a terceiros, Fábio Ulhôa Coelho assevera que "os limites ao exercício do direito são fixados pela intenção do titular, que não pode ser senão a de satisfazer interesse legítimo; o abuso se caracteriza pela emulação, pela vontade de prejudicar"[93].

Também nessa linha, Inácio de Carvalho Neto ensina que, de acordo com essa teoria, que tem raízes na doutrina da emulação, três são os elementos do abuso do direito: "exercício de um direito, intenção de prejudicar e inexistência de interesse econômico"[94].

Em um retorno à concepção da teoria subjetiva do abuso do direito à sua utilidade criteriosa de configuração de um ato abusivo, Luis Guilherme Loureiro ensina que "esse critério admite uma subdivisão em três categorias: a que se refere à intenção dolosa do

---

[90] LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Contratos no novo Código Civil**: teoria geral e contratos em espécie. 2. ed. São Paulo: Editora Método, 2004, p.94.

[91] COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. v.1. São Paulo: Saraiva, 2003.

[92] "A partir do processo de urbanização e industrialização, os tribunais franceses passaram a se ocupar não só de situações em que o direito era exercido com o manifesto propósito de prejudicar, sem utilidade própria, como também das hipóteses de exerccício anti-social do direito previsto em lei. Tanto a vertente subjetivista, caudatária da teoria da *aemulatio*, desenvolvida no direito romano e no direito medieval, como a vertente objetivista, inspirada nas concepções de solidariedade social, vigentes no século XIX, buscam no artigo 1382 do Código Civil francês o seu fundamento legal" (SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes de**. Abuso de direito processual**: uma teoria pragmática. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p.25).

[93] COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. v.1. São Paulo: Saraiva, 2003, p.363.

[94] CARVALHO NETO, Inácio de. **Abuso do Direito**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2005, p.59.

agente, o que vincula o abuso ao exercício culposo ou negligente dos direitos, e o que exige que exista um exercício sem utilidade ou interesse do direito"[95]. Segundo o autor, diversas legislações adotaram a fórmula subjetiva de identificação do abuso do direito, a exemplo do Código Civil mexicano, o qual condiciona a determinação do dever de indenizar à demonstração da dupla exigência da tese subjetivista: intenção de causar o dano e não ter havido qualquer proveito próprio.

Em termos práticos, sugere o critério subjetivo, com base na teoria anterior que o nomina, que há abuso do direito quando o titular exerce o seu direito sem que isso lhe traga qualquer proveito próprio, ou seja, com a única intenção de prejudicar.

Entretanto, à medida que a noção de abuso do direito foi se distanciando da noção de ato emulativo, contrariando a tese subjetiva, eis que desponta a teoria objetiva como uma solução para o método intrínseco amplamente adotado pelo ordenamento, conforme se verifica na lição de Anderson Schereiber:

> a intenção de prejudicar já não servia mais de fundamento exclusivo à coibição de todas as hipóteses de ato abusivo. Doutrina e jurisprudência empenharam-se na busca de critérios menos intimistas. A figura foi remetida à proteção aos bons costumes ou ao conteúdo moral do direito. Outras vezes, perdeu-se em referências mais etéreas aos princípios do direito natural ou ao espírito do ordenamento jurídico[96].

Ainda segundo o autor, conseguiu-se, finalmente, certo consenso em torno da associação do abuso do direito ao próprio conceito de direito subjetivo, e da "definição do ato abusivo como aquele que supera os limites ou os fins econômicos e sociais do direito subjetivo exercido"[97].

À teoria objetiva, por seu turno, não interessa se o titular de um direito o exerce com ou sem proveito próprio, tampouco se existe da parte dele uma intenção de prejudicar terceiro a partir da prática daquele ato. Prescinde, portanto, do elemento culpa para configuração do ato abusivo. Nas palavras de Inácio de Carvalho Neto, "para as teorias

---

[95] Merece registro a explicação de Luis Guilherme Loureiro: "esses critérios subjetivos se fundam no princípio de que toda responsabilidade deve ser imputável e, portanto, atribuível ao agente por dolo (*malitis hominum non est indulgendum*) ou por culpa, já que a pessoa deve sempre agir com o dever de cuidado e com diligência. [...]. Para parte da doutrina, este critério de 'intenção de prejudicar' é considerado como fórmula incompleta para caracterizar o ato abusivo. Josserand afirma que o critério subjetivo representa para a teoria do abuso do direito uma primeira etapa, que foi posteriormente aperfeiçoada graças à utilização de outros critérios mais amplos e fecundos. Para o jurista francês, a pedra do toque da teoria do abuso do direito não está na intenção de danar, mas na falta de motivo legítimo para o exercício do direito" (LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Contratos no novo Código Civil**: teoria geral e contratos em espécie. 2. ed. São Paulo: Editora Método, 2004, p.96).

[96] SCHEREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.110.

[97] Ibidem, p.111-112.

objetivas, o abuso do direito é consequência, pura e simplesmente, do exercício anormal do direito, sem indagação da intenção do agente"[98].

Ou seja, de acordo com o que informa a teoria objetiva, configura-se abuso o exercício do direito sem a devida observância de sua finalidade econômica e social.

Dessa forma, passa a ser considerada como completamente desnecessária a investigação do elemento psicológico ou meramente emulativo, restando patente o abuso quando o ato for exercido de forma contrária aos limites sociais e econômicos. A teoria objetiva também é conhecida como teoria finalista ou funcional, já que no exercício do direito se deve buscar respeitar sua finalidade ou função.

Com propriedade, Pedro Baptista Martins enfrenta a distinção entre as teorias subjetiva e objetiva, levando em conta os critérios de interpretação para identificação do abuso do direito. Em verdade, segundo ele, a teoria subjetiva inverte os princípios em que se funda o método científico de interpretação, de tal modo que, ao invés de partir do ato exterior para qualificar a intenção e a vontade do agente, parte da intenção e da vontade para a qualificação do ato exterior. O autor também explica que o "método subjetivo, partindo da investigação da vontade para qualificar o exterior, impossibilita a prova do abuso, transformando-o em um conceito meramente psicológico", enquanto o método objetivo, contrariamente, "faz decorrer a intenção do próprio ato danoso, das próprias circunstâncias em que foi praticada, isto é, de elementos materiais, de dados concretos, suscetíveis de uma demonstração imediata"[99].

Assim, na contramão da teoria subjetiva, a tese objetiva revela um novo elemento do ato abusivo, qual seja a sua causa[100], o que acrescenta ao tradicional conceito de direito subjetivo um caráter de funcionalidade, já que uma eventual abusividade em seu exercício reflete um desvirtuamento da finalidade econômica e social. Nada mais claro, portanto, quando Pedro Baptista Martins afirma que, na lógica da teoria objetiva, os elementos da circunstância são suscetíveis de uma demonstração imediata[101].

---

[98] CARVALHO NETO, Inácio de. **Abuso do Direito**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2005, p.59.

[99] MARTINS, Pedro Baptista. **Abuso do direito e ato ilícito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1941, 123-124.

[100] LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Contratos no novo Código Civil**: teoria geral e contratos em espécie. 2. ed. São Paulo: Editora Método, 2004.

[101] Na opinião de Orlando Gomes, a configuração de um ato abusivo depende do critério que se adote, seja ele objetivo, seja ele subjetivo. Em verdade, segundo ele, "essas divergências dificultam a caracterização do abuso o do direito" (GOMES, Orlando. **Contratos**. Atualizado por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.121), e completa: "a concepção do abuso do direito é construção doutrinária tendente a tornar flexível a aplicação das normas jurídicas inspiradas numa filosofia que deixou de corresponder às aspirações sociais de sua atualidade. Trata-se de um conceito amortecedor. Sua função precípua é aliviar os choques freqüentes entre a lei e a realidade. No fundo, técnica de reanimação de uma ordem jurídica agonizante, fórmula elástica para reprimir toda ação discrepante de novo sentido que se empresta ao comportamento social" (Ibidem, p.119).

Diante desse paradigma, a terceira teoria surge com base na constatação de que as duas primeiras preenchem pontos positivos e pontos negativos, sendo que a primeira erra em manter os resquícios de uma concepção antiga – construída na era da proibição dos atos emulativos -, e a segunda em provocar uma dissociação completa do ato abusivo ao elemento subjetivo.

A par disso, a crítica de Everardo da Cunha Luna tem lugar quando considera que "a tendência de conceber, objetivamente, o abuso do direito origina-se das doutrinas que querem, a todo transe, fazer o divórcio entre o direito e a moral"[102]. É neste passo que se destacam aqueles que sustentam a teoria mista, segundo a qual devem ser levados em conta os dois fatores sustentados pelas duas primeiras: o subjetivo e o objetivo[103].

A teoria mista aponta o nome de Jorge Americano como um dos seus maiores expoentes. A sugestão é que se analise, objetivamente, a intenção do agente, de acordo com o que socialmente se espera que da conduta de um homem médio e, concluindo pela anormalidade no exercício do direito, conclua-se pela obrigação de ressarcir o prejuízo causado. Nas suas palavras:

> coordenado os elementos colhidos na observação de diversas hyphoteses, podemos reuni-los nos seguintes requisitos, pela co-existência dos quaes se caracteriza o abuso: a) limitação ao exercício de direito; b) ausência de utilidade que legitime o interesse; c) lesão que não resulte forçosamente da natureza do direito exercido[104].

Segundo o autor em referência, portanto, deve-se evitar o radicalismo, seja qual for o critério utilizado, guardando, assim, a vantagem da teoria mista, que autoriza a análise objetiva do elemento subjetivo.

Em verdade, a combinação do fator psicológico com o critério objetivo, inevitavelmente, vem alargar por demais o rol de requisitos necessários à configuração do ato abusivo, na medida em que passam a compor a teoria correspondente os seguintes elementos: a culpa (negligência, imprudência e imperícia), a intenção de prejudicar e, ainda, o exercício irregular do direito (contrário à função socioeconômica ou regra moral). A propósito, merece registro a crítica de Luis Guilherme Loureiro, que revela sua nítida predileção pelo critério desenvolvido a partir da teoria objetiva:

> ao nosso ver, o critério finalista ou funcional já engloba o critério subjetivo. O exercício egoístico de um direito, com o só fim de danar, necessariamente viola as finalidades econômicas e sociais para as quais o direito foi criado,

---

[102] LUNA, Everardo Cunha da. **Abuso do Direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p.89-90.

[103] MEIRELES, Edilton. **Abuso do direito na relação de emprego**. São Paulo: LTr, 2004.

[104] AMERICANO, Jorge. **Do abuso do direito no exercício da demanda.** 2. ed. São Paulo: Saraiva & CIA Editores, 1932, p.35.

> contraria a boa-fé e os bons costumes que devem pautar toda conduta humana[105].

Em termos práticos, é fácil antecipar que a conduta do juiz passaria a ser alternativa, vez que este, quando em sua análise sobre o caso em concreto, poderia optar pelo descarte da investigação do elemento subjetivo, passando a examinar se o exercício do direito estaria contrariando ou não a função socioeconômica exigida pelo ordenamento. Por outro lado, também poderia optar pelo inverso, insistindo que fosse demonstrado o elemento intencional presente na conduta do agente. Pior seria, ainda, se o magistrado optasse pela comprovação de ambos os fatores, situação na qual, sem sombra de dúvida, prejudicaria a própria vítima, a quem caberia a obrigação de comprovar o que havia alegado.

De fato, não pode ser esta a postura do ordenamento. Caso contrário, haveria uma lamentável regressão do Direito aos tempos remotos da Idade Média, quando o absolutismo dos direitos subjetivos colocava a vítimas dos atos emulativos na incômoda posição de conformação à sua realidade.

2.1.5 O Abuso do Direito no ordenamento brasileiro

Sabe-se que a trajetória histórica de consagração da teoria do abuso do direito no ordenamento brasileiro deu-se de forma um tanto quanto diversa da observada na Europa nos idos dos séculos XIX e XX.

Antecipa-se, em primeira análise, que o instituto não mereceu destaque expresso no texto do Código Civil brasileiro de 1916, tendo sido apenas lembrado em uma tímida menção na seção destinada à proibição dos atos irregulares.

Diz-se tímida por que, a despeito da ausência de expressa codificação, os civilistas contemporâneos encontravam a sua referência a partir da interpretação *a contrario sensu,* do inciso I do artigo 160 do referido diploma legal, que assim determinava: "não constitui atos ilícitos aqueles praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido".

Fábio Ulhoa Coelho, citando Clóvis Beviláqua, ensina que "o argumento era de que, ao circunscrever a licitude ao exercício regular, a norma tomava por ilícito o exercício irregular"[106]. Ou seja, cabia a interpretação, a partir do dispositivo citado, de que os atos que fossem praticados em dissonância com aquelas regras expressas poderiam ser enquadrados

---

[105] LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Contratos no novo Código Civil**: teoria geral e contratos em espécie. 2. ed. São Paulo: Editora Método, 2004, p.98.

[106] COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. v.1. São Paulo: Saraiva, 2003, p.363.

como atos abusivos e passíveis de indenização por parte do agente que praticou conduta abusiva, bastando, para tanto, que estes produzissem danos a outrem[107].

Somem-se a estas as considerações de Pedro Baptista Martins, que considera que "se não se constituem atos ilícitos os praticados no exercício regular de um direito reconhecido, a eiva inquina, de certo, os atos realizados em virtude de exercício irregular desse direito"[108].

Em que pese ter sido necessária uma interpretação inversa do inciso I do artigo 160 do diploma civil de 1916, tão logo a ideia foi amplamente aceita naquele contexto, de modo que não demorou a ser utilizada pela doutrina e pela jurisprudência brasileira, que já ensaiavam a equiparação do abuso do direito como uma espécie de princípio geral[109].

Difícil tarefa seria a de superar o ideal conservador cotidianamente ligado ao exercício de um direito subjetivo como algo ilimitado e absoluto. Em verdade, havia uma espécie de temor em aplicar a teoria do abuso do direito, tendo em vista a dificuldade de sua aplicação no caso concreto[110].

Adicione-se ao contexto do Código Civil de 1916 o fato de que ainda prevalecia a teoria subjetiva, notadamente ligada à tradição romana de proibição dos atos emulativos, com raras exceções. Portanto, somada a ausência de previsão expressa da teoria do abuso do direito, também se destacava a exigência do elemento subjetivo intencional do agente como critério identificador do ato abusivo.

Ainda assim, a obliqüidade da menção ao instituto do abuso do direito visualizada no Código Civil de 1916 também influenciou outros diplomas do ordenamento brasileiro. O Código Penal que, no seu artigo 19, prevê o estrito cumprimento do dever legal como causa de exclusão de antijuridicidade e o Código de Processo Civil que, prevê no parágrafo único do artigo 3º que "o abuso do direito verificar-se-á, por igual, no exercício dos meios de defesa, quando o réu opuser, maliciosamente, resistência injustificada ao andamento

---

[107] STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**: doutrina e jurisprudência. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

[108] MARTINS, Pedro Baptista. **Abuso do direito e ato ilícito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1941, p.140.

[109] Brunela Vieira de Vicenzi vai mais além e antecipa que a aplicação da teoria do abuso do direito adentrou no ordenamento brasileiro "em vários ramos do direito, o que acontece com as figuras do abuso do poder econômico e a concorrência desleal, as relações de vizinhança, as práticas e cláusulas abusivas contra o consumidor, o abuso de posições jurídicas processuais e o dano processual, os crimes cometidos com abuso de poder, o peculato e o abuso de autoridade" (VICENZI, Brunela Viera de. **A boa-fé no processo civil**. São Paulo: Atlas, 2003, p.151).

[110] LUNA, Everardo Cunha da. **Abuso do Direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

do processo" e, também, nos artigos 14 e 17, ao estabelecer que o princípio da boa-fé deve nortear o exercício do direito de provas e defesa conferido às partes[111].

Mas foi no Código de Defesa do Consumidor, lei 8.078 de 1990, que primeiro se fez referência ao instituto do abuso do direito no campo do direito privado, assegurando como direito básico do consumidor a proteção contra a publicidade enganosa, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra as práticas e cláusulas abusivas. Ademais, também garante outras garantias processuais que visam favorecer a posição do consumidor contra a prática de atos abusivos, tais como a teoria da desconsideração da personalidade jurídica e a possibilidade de qualquer consumidor poder requerer ao Ministério Público o ajuizamento de ação de declaração de nulidade de cláusula contratual em combate a qualquer ato abusivo que comprometa o equilíbrio do contrato de consumo.

O Código Civil brasileiro de 2002, por sua vez, foi marcantemente influenciado pelo Direito Europeu e, principalmente, pelo Código Civil português, no caso específico, na letra do seu artigo 334[112]. Eis que, finalmente, a partir da leitura do artigo 187, tornou-se possível identificar a presença do instituto no ordenamento jurídico brasileiro: "também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes".

A repercussão da mais nova imposição jurídica ao exercício abusivo dos direitos não demorou a alcançar outros debates. A propósito, Nelson Rosenvald: infere que "o constante revigoramento da teoria do abuso de direito será conseqüência da diuturna harmonização dos referidos princípios", a exemplo da dignidade humana. Segundo este autor, "não podemos mais repetir impunemente o brocardo 'tudo que não é proibido, é permitido', já que "atualmente, nem tudo que não é proibido é permitido, pois no perímetro que separa a afirmação reside o abusivo"[113].

De fato, fica claro que o legislador civil optou pela aproximação de alguns institutos até então afastados: de um lado, a positivação da teoria do abuso do direito representou direta e imediata conexão com a teoria da responsabilidade civil (como já faziam, antigamente, os tribunais franceses no fim do século XIX e início do século XX); e, de outro lado, o novo diploma civil também alçou o princípio da boa-fé à qualidade de limite ao exercício abusivo.

Portanto, ao reascender tantas discussões doutrinárias acerca do assunto, o tema afeto ao abuso do direito e à necessidade de proteção das relações jurídicas entrou na ordem

---

[111] SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes de**. Abuso de direito processual**: uma teoria pragmática. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

[112] Assim dispõe o artigo 334 do Código Civil português: "Abuso do direito. É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito".

[113] ROSENVALD, Nelson. **Dignidade da pessoa humana e o princípio da boa-fé no Código Civil.** Coleção Prof. Agostinho Alvim. São Paulo: Saraiva, 2007, p.125.

do dia dos debates acadêmicos e, de fato, foi enorme a produção científica neste campo. Assim, a necessidade de fixação de limites ao exercício dos direitos subjetivos, bem como a definição quanto à natureza jurídica do abuso do direito e sua efetiva aplicação no caso concreto, são assuntos que ainda merecem atenção.

2.2 NATUREZA JURÍDICA DO ABUSO DO DIREITO

Como se não bastassem as diversas correntes teóricas que cercaram a construção da teoria do abuso do direito após o advento do Código Civil de 2002, que inseriu o instituto no capítulo dos atos ilícitos, a doutrina brasileira também insurgiu na divergência acerca da natureza jurídica do abuso do direito.

Mais que a discussão, é de enorme relevância o alcance de uma definição satisfatória nesse sentido, haja vista que, a partir desta projeção, será possível uma efetiva compreensão da participação do abuso do direito no ordenamento jurídico brasileiro e, por via de consequência, uma correta definição da modalidade de responsabilidade civil por abuso do direito.

Enorme cinzânia existe na doutrina brasileira, conforme adiante será demonstrado, quando o assunto se refere ao abuso do direito[114]: restaria este instituto equiparado ao ato ilícito ou o mesmo estaria enquadrado como uma categoria jurídica autônoma?

De certa forma, há que se registrar que tal discussão remete à influência que as correntes teóricas debatidas ao longo do século XX em muito contribuíram para o impasse que agora se apresenta. Especialmente a celeuma havida entre as teorias subjetiva e objetiva, ambas produtos das correntes professadas pelos célebres juristas franceses que se dedicaram ao estudo da teoria do abuso do direito, evidenciam a difícil tarefa de encontrar a verdadeira colocação jurídica do instituto no ordenamento vigente[115].

Não há como negar a importância conquistada pela teoria do abuso do direito no texto do atual Código Civil brasileiro, ao transcrever, no artigo 187, quase a totalidade da

---

[114] Segundo informa Luis Guilherme Loureiro, "três são as posições doutrinárias sobre a natureza do abuso do direito: a doutrina que situa a figura no âmbito da ilicitude, a que considera o abuso como ato ilícito e a posição que o situa entre o lícito e o ilícito" (LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Contratos no novo Código Civil**: teoria geral e contratos em espécie. 2. ed. São Paulo: Editora Método, 2004., p.99). Para efeito da presente pesquisa, preferiu-se tratar da divergência resumindo os possíveis enquadramentos do abuso do direito como uma espécie de ato ilícito ou como categoria jurídica autônoma. Quando oportuno, entretanto, também serão expostos os posicionamentos que se situarem na zona intermediária deste debate.

[115] CAVALIEIRI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

previsão merecida no Código Civil português. Por outro lado, é necessário que se compreenda qual foi a intenção do legislador quando este preferiu inserir o abuso do direito no Título pertinente aos Atos Ilícitos.

Especialmente por esta razão, a maior parte da doutrina equipara o abuso do direito ao ato ilícito. Segundo esta porção, ambos os institutos adentram no plano da antijuridicidade e, por conseguinte, revestem-se de ilicitude.

Renan Lotufo[116] antecipa a lição de que esse tratamento conjunto não causa prejuízos ao exame da teoria do abuso do direito e a efetiva aplicação do instituto. De fato, há que se considerar que não há mais qualquer dúvida quanto à existência do abuso do direito, de modo que a opção do legislador pela inserção deste topograficamente ao lado dos atos ilícitos não pode ser conclusiva a ponto de definir a natureza jurídica do instituto como uma espécie de ato ilícito.

Diante da enorme divergência existente entre os pensamentos doutrinários e a visualização de uma linha tênue que os separa, ou mesmo os aproxima, clama-se por uma conclusão nesse sentido.

2.2.1 Ato ilícito ou categoria jurídica autônoma?

A discussão acerca da natureza jurídica do ato abusivo em busca de um critério exato da sua percepção no plano fático das relações humanas de todas as ordens requer uma breve remição ao conceito de ato ilícito.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho iniciam a discussão analisando o ato jurídico, cuja definição da melhor doutrina se ampara na afirmativa de que é toda ação humana lícita, positiva ou negativa, apta a criar, modificar ou extinguir direitos e obrigações[117].

Indo ainda mais além, Rosalice Fidalgo Pinheiro, em análise a respeito das transformações conceituais do direito subjetivo em face do abuso do direito, expõe que se se encontra no sujeito de direito um homem revestido da condição de pessoa (que torna sujeito de direitos e deveres ao vestir a máscara de *persona*), ainda não é suficiente o fator

---

[116] LOTUFO, Renan. **Código Civil Comentado**: parte geral (arts. 1º a 232). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

[117] Então, a partir deste conceito, eles ressalvam o seguinte: "entretanto, por vezes, pode a pessoa atuar contrariamente ao direito, violando as normas jurídicas e causando prejuízos a outrem. Neste último caso, estaremos diante de uma categoria própria, denominada ato ilícito, conceito difundido pelo Código Civil alemão, consistente no comportamento humano voluntário, contrário ao direito, e causador de prejuízo de ordem material ou moral" (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil**: parte geral. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.487).

"liberdade": é preciso atuar. Segundo a autora, com este intuito, o direito subjetivo teria sido criado como um instrumento técnico e ideológico neste contexto, ao passo que este passaria a servir de "poder jurídico do qual o sujeito de direito aparece como titular, estabelecendo vínculos jurídicos com outros indivíduos". Infere ainda, neste particular, que este direito revela-se, em um primeiro momento, como um instrumento técnico "porque é por meio dele que o homem pode participar das mais variadas relações jurídicas delineadas pelas codificações", ao passo que, em outra situação, consistiria em um instrumento ideológico, "por que mantém viva a ideia de liberdade de cada um dentro da sociedade, o que implica vantagens econômicas"[118].

Ou seja, ao transgredir um dever jurídico preexistente através de um ato consciente, comissivo ou omissivo, o agente transgressor causa prejuízo a outrem, tornando-se ele o responsável pelos possíveis danos resultantes daquela conduta ilícita e, portanto, sujeito à indenização.

No conceito de Orlando Gomes, "ato ilícito é, assim, ação ou omissão culposa com a qual se infringe, direta e imediatamente, um preceito jurídico do Direito Privado, causando-se dano a outrem"[119].

O artigo 186 do Código Civil de 2002 define como ilícita a violação frontal da norma por qualquer pessoa que infrinja os seus pressupostos substancialmente identificados no texto: "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito". Revela-se, portanto, de fácil constatação a incidência de uma proibição normativa à prática de uma conduta, comissiva ou omissiva, que contrarie os comportamentos sociais esperados e cause prejuízos a terceiros.

Diversamente, o conceito de abuso do direito infere que alguém pode estar aparentemente atuando no exercício de um direito subjetivo (em sentido amplo, como aqui já se explicou), mas que passa a interferir manifestamente na esfera de direito de outrem, causando-lhe prejuízos. Note que aqui não há o desrespeito à estrutura normativa em si (como ocorre no ato ilícito), mas uma ofensa à valoração de determinada norma quando os elementos éticos exigidos são ignorados pelo indivíduo que se conduz de maneira abusiva, quais sejam a função socioeconômica, a boa-fé e os bons costumes. São estes os limites que separam o exercício regular dos direitos subjetivos do ato abusivo, tornando o ato passível de sanção. É o que ensina Antonio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro:

> o elemento literal exprime um âmbito unificado por parte da previsão – o exercício do direito e seu excesso manifesto perante certos limites por uma qualificação, em epígrafe – o abuso – e pela estatuição – a ilegitimidade ou, melhor dizendo, a proibição; reparte-o, porém, por três áreas atinentes à

---

[118] PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Abuso do direito e as relações contratuais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.17.

[119] GOMES, Orlando. **Contratos**. Atualizado por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.438.

> previsão: em causa ficam limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico dos direitos. Do enunciado, por dedução, retira-se que a boa-fé e os bons costumes impõem, ou podem impor, limites ao exercício dos direitos e que estes têm, ou podem ter, um fim social e económico o qual, por seu turno, limita também, ou pode limitar, o seu exercício[120].

Reconhece-se que é quando se percebe a latência de sensíveis distinções que parecem segregar as figuras do abuso do direito do ato ilícito - em meio às semelhanças que se evidenciam à primeira vista - que se inspiram as mais diversas posições doutrinárias em debate.

Mesmo sem adentrar na polêmica que envolve a discussão sobre a natureza jurídica do abuso do direito, Washington de Barros Monteiro esclarece que, para alguns, o elemento caracterizador repousa na intenção de prejudicar, enquanto que, para outros, o critério identificador reside na ausência de interesse legítimo na ação, ou seja, algo que justifique a prática de determinada conduta, e conclui que "a teoria do abuso do direito se vincula realmente à prática de emulação, que é, na frase de Pacchioni, ato realizado sem vantagem alguma para o titular, com o único propósito de causar dano a outrem[121].

Na opinião de Sérgio Cavalieri Filho, também não resta dúvida de que o abuso do direito está definido no Código Civil de 2002 como uma espécie do gênero ato ilícito, sendo que de forma diferente daquele conceituado em seu artigo 186. Acrescenta, portanto, que quem praticá-lo, tal como ocorre no âmbito dos atos jurídicos, ficará também obrigado a indenizar o terceiro prejudicado, conforme previsto no artigo 927 do Código Civil atual. Ele conclui, então, "estar definitivamente afastado o entendimento doutrinário, embora minoritário, de que o abuso do direito não configura ato ilícito" [122]. Segundo ele, a lei diz que o é, embora com características próprias e conteúdo especial. Importante o registro do autor em referência tendo em vista que, embora expressamente declare a equiparação do abuso do direito ao ato ilícito, o mesmo dá indícios de que reconhece a separação dos institutos, dando subsídios à teoria minoritária:

> não se trata, aqui, de ofensa frontal a um direito de outrem, nem de violação a uma norma tuteladora de um interesse alheio, como ocorre normalmente com todo e qualquer ato ilícito; mas do exercício anormal do direito próprio. [...]. Outra diferença entre o ato ilícito previsto no artigo 186 e o do artigo 187 é que apenas o primeiro faz alusão ao dano. Isso importa dizer que a ilicitude configuradora do abuso do direito pode ocorrer sem que o

---

[120] MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p.661.

[121] MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil:** parte geral. 40. ed. Revisado e atualizado por Ana Cristina de Barros Monteiro. São Paulo: 2005, p.335.

[122] CAVALIEIRI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p.153.

> comportamento do agente cause dano a outrem. Nem por isso essa licitude será desprovida de sanção[123].

Nesse raciocínio, há quem reconheça que esta questão pode ser resolvida com a própria conceituação de ato ilícito. É o que entende Edilton Meireles ao inferir que também se encontra o ato ilícito na conduta antijurídica e contrária aos fins socioeconômicos, à boa-fé e aos bons costumes. Em sequência, aproximando o conceito em análise da própria noção de abuso do direito, explica o autor que "não podemos deixar de enquadrar o abuso do direito como ato ilícito"[124].

Também é o que compreende Francisco Amaral, ao sustentar que o dispositivo do artigo 186 exprime, em verdade, uma categoria geral do ato ilícito como ato voluntário (diferente de fato), consistente em um comportamento ativo ou omissivo que, com culpa do agente, viola direito de outrem, causando-lhe prejuízo. O autor é enfático ao ensinar que "também é ato ilícito o abuso de direito"[125], pela própria regra que o dispõe, sem enfrentar, porém, a diferença quanto à natureza da responsabilidade civil, que é distinta entre os institutos (subjetiva e objetiva, respectivamente).

Também assevera Caio Mário Pereira da Silva que o legislador de 2002 consagrou o abuso do direito como conceituação genérica do ato ilícito na letra do artigo 187, que oferece os pressupostos da caracterização do abuso do direito. Ou seja, o exercício deve ser limitado[126].

Em contrapartida, destacam-se alguns autores que, justamente por que não negam a proximidade dos institutos do ato ilícito e do abuso do direito, também não aceitam a redução deste à mera ramificação daquele.

Com isso concorda Heloísa Carpena ao dedicar-se ao tema. A autora é enfática ao diferenciar os institutos do abuso do direito e do ato ilícito na medida em que "o ato abusivo está situado no plano da ilicitude, mas com o ato ilícito não se confunde, tratando-se de categoria jurídica autônoma"[127]. O seu fundamento se sustenta no limite dos dois institutos que, ao serem transpostos, configuram o ato ilícito, ou mesmo, o ato abusivo. Ademais,

---

[123] Ibidem, p.153.
[124] MEIRELES, Edilton. **Abuso do direito na relação de emprego**. São Paulo: LTr, 2004, p.24.

[125] AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.536.
[126] PEREIRA, Caio Mário da Silva Pereira. **Instituições de Direito Civil**. v.1. Rio de Janeiro: Forense, 2008, 675.

[127] CARPENA, Heloisa. Abuso do direito no Código de 2002: relativização de direitos na ótica civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **A parte geral do Código Civil**: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 381. A autora ainda acrescenta: "a concepção do abuso de direito como espécie de ato ilícito, permita-se insistir, além de obscurecer os seus contornos, caminha no sentido da responsabilidade subjetiva, sendo culpa elemento quase indissociável do conceito de ilicitude. Trata-se de concepção absolutamente anacrônica, pois a efetiva aplicação da teoria exige que a aferição da abusividade no exercício de um direito seja objetiva, revelada no simples confronto entre o ato praticado e os valores tutelados pelo ordenamento civil-constitucional" (Ibidem, p.382).

explica a autora que o que diferencia estes institutos é o fato de que, no abuso, não há limites previamente definidos, pois o ato abusivo será verificado quando houver violação aos princípios gerais do ordenamento jurídico, enquanto que o ato ilícito se mostra sempre contrário a uma disposição legal posta, por isso previamente reprovado pelo ordenamento jurídico. Nas suas próprias palavras:

> no ato abusivo não há limites definidos e fixados aprioristicamente, pois estes serão dados pelos princípios que regem o ordenamento, os quais contém seus valores fundamentais. Por este mesmo motivo pode-se afirmar que o abuso supõe um direito subjetivo lícito atribuído a seu titular, que, ao exercê-lo, o torna antijurídico[128].

Tais lições podem ser compreendidas na diferenciação do instante em que se configura o abuso e o ato ilícito, muito embora seja realmente difícil alcançar uma distinção que segregue definitivamente os dois institutos.

Partindo de uma revisão crítica acerca do impasse promovido pela inserção topográfica do abuso do direito no capítulo dos atos ilícitos, Luiz Sérgio Fernandes de Souza, registra duas das diversas nomenclaturas que este instituto já mereceu, quais sejam "exercício irregular" e "excesso", entende-se que não há como negar que seu conceito já pressupõe que o agente está orientado a agir dentro dos limites objetivos da norma, sob pena de configurar desvio aos fins econômicos e sociais dados pela regra geral. Segundo o autor, "é neste sentido que a teoria do abuso do direito ganha autonomia, buscando um nicho próprio, distinto daquele reservado à teoria dos atos ilícitos"[129].

Nesse raciocínio, Fernando Cunha de Sá prefere sistematizar esta separação considerando o seguinte: se o comportamento do indivíduo se coadunar com a estrutura formal do direito subjetivo exercido, bem como com o valor normativo que lhe é inerente, se estará diante de um exercício regular do direito; se o comportamento do titular do direito subjetivo não se conformar com a estrutura formal de tal direito, se estará diante da configuração da incidência de um ato ilícito; se o comportamento do sujeito se conformar com a estrutura formal do direito subjetivo que se pretende exercer, contrariando, contudo, o sentido normativo interno de tal direito, será o caso de abuso do direito[130].

Vale o destaque do entendimento de Luis Alberto Warat, haja vista que, segundo ele, a discussão acerca da natureza do abuso do direito reside, primordialmente, na necessidade de superação do próprio conceito do instituto[131]. Segundo ele, "*el abuso del*

---

[128] Ibidem, p.380.

[129] SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes de**. Abuso de direito processual**: uma teoria pragmática. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p.72.

[130] SÁ, Fernando Cunha de. **Abuso do direito**. Coimbra: Almedina, 1999, p.22.

[131] *"han quedado así involucradas em esta formulación las principales concepciones tradicionales que consideraban a la figura del abuso a través de una especial actitud paradisíaca, ya sea como una limitación del derecho subjetivo e como una fuente de responsabilidad civil o finalmente como instrumento de una mayor humanización, socialización o moralización"* (WARAT, Luis Alberto. **Abuso del derecho y lagunas de la ley**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1969, p.42).

derecho puede ser así descripto como el acto lícito a nivel jurídico, pero que el juez considera que debe ser alterado en su ejercicio en virtud de una prohibición emergente de las reglas de acción con plena vigencia social"[132].

O jurista baiano Orlando Gomes, através da atualização do professor Edvaldo Brito, admite que houve equívoco por parte do legislador de 2002, que incluiu a categoria do abuso do direito no conceito de ato ilícito, mas que não resultou em grandes prejuízos, apesar de se tratarem de conceitos inconfundíveis:

> o abuso de direito é, para alguns, ato ilícito. Provém o equívoco da consideração, hoje ultrapassada, de que se sujeitam a mesma sanção. Diferem substancialmente. No ato ilícito, o agente infringe a lei frontalmente. No abuso de direito, viola o princípio geral de que os direitos devem ser exercidos com certos limites, a fim de que seja atingida a finalidade, em vista da qual se conferem e tutelam, apesar de serem inconfundíveis, o novo texto do Código Civil, de 2002, definiu o abuso de direito como sendo modalidade de ato ilícito[133].

Nesse particular, acrescenta Silvio Rodrigues a afirmação de que já não merece mais tanta atenção a velha máxima do brocardo romano, segundo o qual *neminem laedit qui suo jure utitur*[134] (2003, p.320), ou seja, não causa dano a outrem quem utiliza o seu direito de forma normal. Em sua opinião, não mais se releva a assertiva de que não constituem, igualmente, atos ilícitos aqueles decorrentes do exercício normal de um direito. É nesse ponto que o jurista admite a existência do abuso do direito como um instituto distinto do ato ilícito, e afirma que as faculdades são conferidas ao homem tão somente para a satisfação dos seus interesses. Ou seja, "se há interesse legítimo, não há o abuso e o titular pode responder, vitoriosamente, à vítima lesada por seu ato, *feci sed jure feci*. Se tal interesse não se apresenta, o ato é abusivo"[135].

Com efeito, outros autores ainda conseguem enxergar certa proximidade entre os institutos do abuso do direito e do ato ilícito, sem lhes retirar sua autonomia teórica e dogmática. Se uma parte da doutrina ainda insiste na sua equiparação ao ato ilícito, caminha por fora a considerável porção de autores que lhe dá subsídios suficientes para, ainda assim, atribuir à natureza jurídica do abuso do direito a qualidade de categoria jurídica autônoma.

Luis Guilherme Loureiro rende-se à opinião da doutrina que considera o abuso do direito como uma espécie do ato ilícito, considerando que a lei assim o prevê. Portanto, a violação da norma que o indica implicaria igualmente na antijuridicidade do ato. O autor, por sua vez, reconhece tratar-se de uma conduta que, sustentando-se na garantia de um direito subjetivo, se converte em anti-social ao extrapolar os limites de seu exercício, gerando o

---

[132] Ibidem, p.69.

[133] GOMES, Orlando. **Contratos**. Atualizado por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2008, 123.

[134] RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**: Contratos. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.320.

[135] Ibidem, p.321.

dever de reparação por eventuais danos. Segundo ele, "o anti-social é o irregular, o anormal, o ato contrário à boa-fé e aos bons costumes. Há, assim, um ato ilícito *generis*"[136]

Ainda que brevemente, Maria Helena Diniz também se posiciona sobre o assunto. Segundo ela, pode-se enxergar a distinção do abuso do direito em relação ao ato ilícito, qualificando este último como uma categoria de antijuridicidade *sui generis*. Segundo ela, no abuso, "não há violação dos limites objetivos da norma, mas tão somente um desvio aos fins econômicos a que ela visa atingir"[137].

Vale o registro da originalidade de Pedro Batista Martins, que se refere ao abuso do direito não como uma categoria jurídica à parte, mas sim como um fenômeno social, resumindo-o a uma simples modalidade especial de ato ilícito[138]. E acrescenta que "o ato que é ilícito ante o direito positivo em vigor, torna-se lícito quando apreciado à luz dos princípios gerais, em constante e permanente mutação"[139]. Em verdade, não há como acompanhar esta posição, *data maxima vênia*, por ser reducionista e contraditória neste particular.

Mais modernamente, Eduardo Jordão reconhece a separação dos institutos na afirmação de que a culpa e o dano são elementos acidentais na configuração de um ato ilícito e que "há ilícitos sem culpa e ilícitos sem dano"[140]. Do mesmo modo, e com certa razão, o autor ainda reconhece a preocupação dos juristas que teimam em negar o caráter ilícito do abuso por temerem a perda da autonomia dogmática de um instituto tão relevante para o controle e a manutenção do equilíbrio do ordenamento. Nesse particular, o autor afirma que este é um "problema que pode ser contornado sem violar a lógica: basta considerar o abuso do direito como uma espécie diferenciada do gênero ato ilícito. Mantém-se a coerência e autonomia do abuso de direito. Haveria, assim, os ilícitos abusivos e os ilícitos não abusivos"[141].

A opinião de Nelson Rosenvald também se enquadra na posição intermediária, na medida em que ele afirma que "o legislador qualificou o abuso do direito como ato ilícito e concordemos ou não, é assim que doravante deveremos tratá-lo e, de maneira alguma a referida qualificação retira do abuso do direito a sua completa autonomia com relação ao ato ilícito subjetivo, ancorado na culpa"[142].

---

[136] LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Contratos no novo Código Civil**: teoria geral e contratos em espécie. 2. ed. São Paulo: Editora Método, 2004, p.99.

[137] DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. 11. ed. Revisada, aumentada e atualizada de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2005b, p.222.

[138] MARTINS, Pedro Baptista. **Abuso do direito e ato ilícito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1941, p.93.

[139] Ibidem, p.140.

[140] JORDÃO, Eduardo. **Repensando a teoria do abuso de direito**. Salvador: JusPodivm, 2006, p.99.

[141] Ibidem, p.102.

[142] E complementa, defendendo autonomia do abuso do direito, a despeito da opção do legislador em inseri-lo como uma espécie de ato ilícito, ao final, com referência ao princípio da boa-fé: "no abuso do

Constata-se que a maioria dos autores que entende pela autonomia jurídica do instituto do abuso do direito também teme em separá-lo integralmente da categoria dos atos ilícitos. Do mesmo modo, ainda aqueles que insistem em equiparar o instituto à qualidade de ato ilícito não negam sua individualização dogmática por completo.

Em termos práticos, portanto, seria o abuso do direito um instituto correspondente ao ato ilícito objetivo, sendo que com repercussões autônomas, distinto daquela noção de ato ilícito contemplada secularmente pelo ordenamento em seu sentido eminentemente subjetivo[143]. Assim, sem retirar-lhes as características que, de fato, aproximam ambos os institutos, é preferível falar em abuso do direito como algo distinto do ato ilícito, atuando como manifestação objetiva do ato ilícito.

Com efeito, nada mais razoável, diante deste impasse, que cogitar a existência de uma ilicitude formal e de uma ilicitude material. É o que sugerem Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, acrescentando a esta última suficiente autonomia científica, mas com identidade substancial de consequências jurídicas. Nas palavras dos autores, "a identidade de efeitos aproxima as duas modalidades de atos ilícitos, sem que isso prejudique a especial área de atuação de cada um, em caráter de complementaridade"[144]/[145].

Como se nota, o problema relacionado à equiparação, ou não, do abuso do direito ao ato ilícito repousa, basicamente, na discussão acerca da natureza do valor que foi contrariado no caso concreto.

Não há como negar certa proximidade entre os institutos do abuso do direito e do ato ilícito. Ora, a partir do momento em que se percebe que uma conduta praticada por um agente titular de direito legítimo extrapola os limites da boa-fé, da moral e dos bons costumes,

---

direito, a leitura é diversa. Aqui, alguém aparentemente atua no exercício de um direito subjetivo. O agente não desrespeita a estrutura normativa, mas ofende sua valoração. Conduz-se de forma contrária aos fundamentos materiais da norma, por negligenciar o elemento ético que preside a sua adequação ao ordenamento. Em outras palavras, no abuso do direito não há desafio à legalidade estrita de uma regra, porém à sua própria legitimidade, posto vulnerado o princípio que fundamenta e lhe concede sustentação sistemática" (ROSENVALD, Nelson. **Dignidade da pessoa humana e o princípio da boa-fé no Código Civil.** Coleção Prof. Agostinho Alvim. São Paulo: Saraiva, 2007, p.123).

[143] É exatamente o que explicam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, segundo os quais, tendo em vista as peculiaridades do abuso do direito: "não se assemelha ao ato ilícito do CC 186, assim considerado pela lei para fins de reparação do dano por ele causado. O ato abusivo pode, até, não causar dano e nem por isso deixa de ser abusivo. A ilicitude do ato cometido com abuso de direito é de natureza objetiva, aferível independentemente de dolo ou culpa" (NERY JUNIOR. Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Anotado e Legislação extravagante.** 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p.255).

[144] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil**: parte geral. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p.515.

[145] Em verdade, a premissa deste posicionamento já havia sido antecipada por Fernando Cunha de Sá, quando em sua análise o mesmo admitia possível bifurcação do sentido formal e material do ato ilícito (SÁ, Fernando Cunha de. **Abuso do direito**. Coimbra: Almedina, 1999).

causando prejuízos a terceiros, evidencia-se a ilicitude exatamente no momento em que aquele ato extrapolou da esfera do exercício regular do direito e passou a causar danos a outrem. É neste instante que se configura o ato abusivo.

Contudo, embora seja difícil concluir por qualquer diferenciação que se possa fazer entre o abuso do direito e do ato ilícito, esta não retira a autonomia dogmática dos dois institutos que, de uma maneira geral, provocam efeitos semelhantes, porém não idênticos.

Esta discussão, entretanto, ainda inspira outras considerações. Interessa-nos, sobretudo, aquela que inspira justas reflexões a respeito da nomenclatura relacionada ao instituto do abuso do direito. Na introdução deste capítulo, mereceu destaque o porquê da expressão "abuso do direito", e não "abuso de direito". Partindo da premissa de que se o sujeito está exercendo abusivamente do seu direito subjetivo, violando os limites impostos pelo próprio ordenamento jurídico, não há que se falar em um direito exercido com irregularidade, mas sim do direito subjetivo que lhe serviu de pretexto para causar danos a terceiros e à própria coletividade. Visualiza-se, nesse raciocínio, verdadeiro ato abusivo na presença incontestável do *dollus mallus*, elemento componente do próprio sentido de ato ilícito. De outro lado, o sentido semântico do abuso de direito não favorece a mesma visualização do elemento em referência, mas sim do *dollus bonus*, o que pressupõe uma conduta abusiva, porém sem maldade, movida pela inocência, como se o direito exercido com excesso não pertencesse a um titular.

Visualiza-se, nesta correlação, o abuso do direito como uma espécie do gênero ato ilícito, na medida em que o ato abusivo não pode ser visto como um fato acidental que gera efeitos simplesmente por ultrapassar os limites da boa-fé, dos fins sócio-econômicos e dos bons costumes. Vale dizer, a despeito de aqui não se pretender retornar aos primórdios do seu surgimento, quando, entre os requisitos para configuração do abuso do direito, exigia-se a intenção do agente ofensor, há que se considerar, e com justiça, o caminho percorrido por este instituto até a sua efetiva consagração. Percebe-se que sua equiparação como espécie de ato ilícito também lhe confere autonomia na medida em que a sua importância é elevada a um patamar diferenciado como mais um mecanismo de proteção da sociedade e das pessoas individualmente consideradas.

É como se o ato aparentemente regular, exercido pelo titular do direito subjetivo correspondente, se revelasse abusivo ao ultrapassar os limites impostos pela ordem jurídica. Configurar-se-ia, nesse instante, um ato em desconformidade com o próprio direito, defendido por muitos como um ato fictício, inexistente, fora da esfera do direito.

Interessa, nessa oportunidade, a anotação dos autores franceses que se dedicam ao tema e destacam a ampla abrangência do abuso do direito, a exemplo dos direitos de propriedade, dos contratos e de greve:

> la theórie de l'abus de droit s'applique à toutes sortes de droits, nottament à l'exercice Du droit de proprieté immobilière, des actions em justice et des voies d'exception, en cas de concurrence déloyale. Elles s'applique aussi en matière contractuelle oú les contrats doivent être executes de bonne foi. Ellle trouve surtout de fréquentes applications dans le fait de refuser sans motif de

> conclure un contrat, par exemple la vente ou lee louage d'un meuble ou d'un immeuble. [...]. Se les droit de grève est licite, l'abus du droit de greve consistera à commettre une faute déterminée à son occasion.[146]

A esse respeito, acrescente-se que, com vistas a resolver a questão da natureza do abuso do direito, Louis Josserand coloca-o entre a falta (ausência) de direito e a teoria do risco[147]. Assim, o ato abusivo enquanto nova e especial categoria de responsabilidade civil deve-se à preocupação psicológica do motivo legítimo, que revela um traço subjetivo. Trata-se de uma preocupação tão marcante para o autor que impede a revelação de uma exata característica que distinga o abuso do direito do ato ilícito[148].

Assim, no instante em que se abusa de um direito sobre o qual não se sabe a quem pertence e o que o legitima, também não se reconhece ao certo quais serão os seus efeitos e quais parâmetros foram utilizados para a efetiva configuração do ato abusivo. Diversamente, ao abusar do direito, o agente ofensor tem suficiente consciência do que está fazendo, bem como das consequências desta prática.

Nessa oportunidade, é de se acrescentar que do abuso do direito também se distinguem outras figuras com traços semelhantes, mas que com o instituto em comento não se confundem, quais sejam, fraude à lei e ato realizado sem direito. Configura-se fraude à lei quando o indivíduo realiza, por meios lícitos, os fins aos quais ela se destina, porém de forma adversa à disposição legal[149]. Na sequência, configura-se o ato realizado sem direito quando se verifica que o sujeito pensa que está exercendo licitamente um direito que não possui[150].

---

[146] BOURREL, Édouard; LEROLLE, Michel; RÉAU, Roger; RONDEPIERRE, Jean. **Petit dictionnaire de droit**. Paris: Libraire Dalloz, 1951, p.9. Tradução livre da autora: "A teoria do abuso de direito se aplica a todos os tipos de direitos, notadamente no exercício do direito imobiliário, das ações em justiça e das vias de exceção, em caso de concorrência desleal. Ela se aplica também em matéria contratual onde os contratos devem ser executados de boa-fé. Ela encontra especialmente aplicações frequentes no caso de recusa sem motivo de conclusão de contrato, por exemplo a venda ou aluguel de um móvel ou de um imóvel. [...] Se o direito de greve é lícito, o abuso de direito de greve consistirá em cometer uma falta determinada à ocasião" .

[147] JOSSERAND, Louis. **De l'abus des droits**. Paris: Dalloz, 1927.

[148] Aliás, segundo Pedro Batista Martins, foi esta razão por que "Josserand não encontrou meios para a explicação satisfatória desse conflito entre a norma jurídica, que legitima o ato, e os princípios gerais do direito, subjacentes à legalidade, que o repelem" (MARTINS, Pedro Baptista. **Abuso do direito e ato ilícito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1941, p.139). Com efeito, conforme explica Rosalice Fidalgo Pinheiro, na tese de Louis Josserand, o ato abusivo é contrário ao direito objetivo e, como tal, termina por ser identificado como ato ilícito: "a tese de Josserand revela-se como um momento de transição para determinação do ato abusivo, que se despe da exclusividade do critério subjetivo para alcançar um critério objetivo. Isto quer dizer, o abuso do direito não incide apenas na ausência de intenção de lesar, mas supera investigações desta ordem, verificando-se também no desvio de finalidade do direito subjetivo" (PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Abuso do direito e as relações contratuais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.101).

[149] Segundo Orlando Gomes, tal figura distingue-se do abuso de direito, posto que neste "ocorre apenas irregularidades no exercício, da qual resulta dano ou constrangimento para terceiro. Na fraude à lei, a sanção há de ser, necessariamente, a nulidade do ato. No abuso de direito, consiste,

É neste sentido que aqui se guardam todas as opiniões que cercam a natureza jurídica do abuso do direito e se respeitam todas as reflexões teóricas expostas. Mais do que haver uma contrariedade entre tantas opiniões, entendemos que a equiparação do abuso à espécie de ato ilícito não exclui a sua autonomia jurídica como instituto de irrefutável relevância não somente no âmbito do direito privado, mas em todos os ramos do direito.

2.2.2 O exercício regular dos direitos subjetivos e a fronteira da (i)licitude: críticas e critérios para configuração do ato abusivo

De fato, não há como negar, a partir de uma visão mais abrangente, verdadeira proximidade do ato ilícito com o abuso do direito, posto que o direito exercido abusivamente é mesmo um ilícito considerado em sentido amplo. Em verdade, deve-se reconhecer a necessidade de ampliação do próprio conceito de ilícito, este que, vez por outra, é identificado pela doutrina em seu sentido ultrapassado, portanto, incompatível com o que pretendeu o legislador de 2002 ao ancorar a figura do abuso do direito ao seu lado.

Assim como tudo na vida, o direito também é chamado a participar da empolgante tarefa de socialização e adaptação dos seus institutos às mudanças que se processam tanto no campo da dogmática jurídica, como no plano fático. Clama-se, cada vez mais, pela ampliação do conceito de ilicitude no mundo pós-moderno, levando em conta que o direito necessita promover a proteção à pessoa humana, e não ao patrimônio.

Interessante a ponderação de Rosalice Fidalgo Pinheiro no sentido de que os juristas da modernidade reconhecem a dificuldade de definir o abuso do direito. Por vezes, valem-se das construções teóricas que apenas reduzem-no ao resultado lógico da quase totalidade das estruturas propostas a esse respeito, como se bastasse conceituar o direito como uma situação de ausência (ou mesmo excesso) do direito ou ilícito civil e, assim, a tarefa restaria concluída[151]. Cumpre atentar para o fato de que o sentido de ilicitude também merece ser acrescentado a esta reflexão. Na lição da autora, a ilicitude, materializada no ato ilícito, não deve ser vista apenas como aquilo que contradiz uma norma concreta do ordenamento jurídico, mas que ainda resulta da contradição com princípios gerais que formam a totalidade do sistema jurídico. Aliás, é nesse raciocínio que Rosalice Fidalgo Pinheiro também equipara o abuso do direito a uma espécie de ato ilícito:

---

principalmente, na obrigação de indenizar o prejuízo" (GOMES, Orlando. **Contratos**. Atualizado por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.123).

[150] O jurista baiano acrescenta: "não se confunde com o abuso do direito, porque, neste, o agente tem direito que exerce, todavia, de modo irregular, enquanto naquele, exerce, normalmente, direito que não tem. Quem age sem direito responde pelo fato, independente de qualquer prejuízo que cause. O exercício de direito que não cause dano, ainda que mora, abusivo não é" (Ibidem, p. 123).

[151] Segundo a autora, se assim o fosse, "resolvia-se a questão do exercício abusivo do direito, moldado pela Exegese e pela Pandectística" (Ibidem, p.110).

> deste modo, o ato abusivo é ilícito por transgredir uma norma jurídica, que contém um princípio geral que não ampara o abuso do direito, ou por princípios de raiz moral que estão presentes em uma 'consciência jurídica coletiva', tais como a boa-fé e os bons costumes[152].

De certa forma, o legislador infraconstitucional implantou no direito civil um novo modelo de ilicitude como uma medida de alargamento do revestimento de proteção à pessoa, já que os riscos também aumentaram. Registre-se este exemplo na trajetória evolutiva da própria teoria do abuso do direito, na qual se amparam as reflexões atuais acerca deste instituto, como demonstração acertada de como a aplicação prática de determinado instituto pode contribuir para sua libertação teórica e, por consequência, lhe reservar incontestável autonomia jurídica, mesmo estando axiologicamente ligado a um conceito básico anterior.

Ademais, o que há de peculiar no abuso do direito está na atuação do agente em ultrapassar um limite teleológico que, mesmo inicialmente enquadrado na descrição do direito, descamba pela violação à própria função deste direito. Nota-se que não há como reduzi-lo a uma simples espécie de ato ilícito. O seu conceito, inclusive, tendo em vista os princípios da eticidade e da socialidade abraçados pelo Código Civil de 2002, revela-se ainda mais elaborado do que o ato ilícito propriamente dito.

Na realidade, diante do grande impasse doutrinário acerca do assunto, indaga-se qual seria, de fato, a repercussão correspondente aos efeitos da equiparação do abuso do direito ao ato ilícito ou da verificação deste como uma categoria jurídica autônoma. Supondo prevalecer a primeira hipótese, como saber se se trata de abuso do direito ou de ilícito civil, se os requisitos e a solução seriam os mesmos? De outra ordem, admitindo a segunda hipótese, salta aos olhos o questionamento da necessidade de tamanha autonomia, já que os resultados da conduta ilícita em nada difeririam da conduta abusiva. Na visão de Brunela Vieira de Vicenzi, este impasse só faz dificultar "a tutela imediata e inibitória do ato abusivo, como também impõem grande fardo probatório e desestímulos ao prejudicado"[153].

Preferimos, no entanto, acompanhar a coerente conclusão de Silvio de Salvo Venosa, que considera o seguinte:

> quer se encare o abuso de direito como extensão do conceito de responsabilidade civil, quer se encare como falta praticada pelo titular de um direito, importa saber, do ponto de vista eminentemente prático, como devem ser regulados os efeitos do abuso. Resta inerradável que, sendo o abuso transgressão, no sentido lato, de um direito, suas conseqüências deveriam assemelhadas às do ato ilícito[154].

Admite-se que ambos os institutos desencadeiam efeitos prejudiciais. Entretanto, é a essência da sua causa que os diferencia. Enquanto no ato ilícito tem-se em vista a obrigatoriedade de cumprimento de uma norma-regra, posta no artigo 186, sob pena de gerar

---

[152] Ibidem, p.115.
[153] VICENZI, Brunela Viera de. **A boa-fé no processo civil**. São Paulo: Atlas, 2003, p.154.

[154] VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil:** Parte Geral. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p.622.

a obrigação de indenizar, no abuso do direito, visualiza-se uma norma-princípio, com conteúdo mínimo suficiente para abarcar diversas situações concretas. Como se pode notar, a configuração do ato ilícito ocorre a partir da violação de uma regra posta, objetivada, causando danos suscetíveis de reparação. Ao contrário, no ato abusivo, nota-se ter havido a violação do espírito funcional que caracteriza e limita o exercício regular de um direito, bastando ter havido tal manifestação para se obter o abuso.

Ademais, como não poderia deixar de ser, o grande diferencial destes institutos se dá quanto aos critérios para uma correspondente configuração do ato ilícito e do ato abusivo. Já não é mais novidade que um dos pressupostos para caracterização da do ato ilícito é a responsabilidade subjetiva, qual seja a que fundamenta o ato ilícito, a partir da leitura conjunta dos artigos 186 e 927 do Código Civil pátrio. Exige-se, portanto, além dos demais requisitos que o caracteriza, a investigação da culpa do agente que provocou dano a terceiro. Já no abuso do direito, diversamente, desinteressa a análise do elemento da culpabilidade para que se configure o ato abusivo e, consequentemente, a providência pela reparação daquele ilícito.

Destaque-se, nesta oportunidade, a tese de Leonardo Vieira dos Santos, que afirma ter havido, em verdade, um grande equívoco na acepção da teoria objetiva para configuração do ato abusivo, posto que "a intenção foi a de exigir a existência de culpa em sentido amplo para caracterização do ato abusivo, ao lado dos demais critérios objetivos, da boa-fé, finalidade social/econômica e bons costumes". Segundo ele, salta aos olhos a teoria eclética do abuso do direito e que "nada leva a crer que o legislador pátrio, ao disciplinar o abuso de direito, tenha pretendido criar ou adotar uma ideia de ilicitude objetiva"[155].

Data maxima venia, não há como concordar pela prevalência do critério subjetivo para configuração do abuso do direito. A compreensão neste sentido levaria ao retorno à era medieval, nascedouro da doutrina da *aemulatio*, quando ainda se exigia a demonstração do elemento volitivo para a efetiva incidência da proibição dos atos emulativos.

Anota Guilherme Fernandes Neto, citado por Inácio de Carvalho Neto, que "bizarro seria, como na realidade o é, querer utilizar-se do critério puramente subjetivo, que foi a base para a construção da vetusta da *aemulatio*, para, dela se utilizando, visar solucionar litígios em nossa era"[156].

Nunca é demais acrescentar a opinião de Everardo da Cunha Luna, que define a ilicitude como a "relação de contrariedade entre a conduta do homem e o ordenamento jurídico"[157]. Está nela, portanto, a essência do abuso do direito, já que sua abrangência é "uma

---

[155] SANTOS, Leonardo Vieira dos. **Breves notas sobre a responsabilidade civil por abuso de direito no Brasil.** In: Teses da Faculdade Baiana de Direito. v. 2. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2010, p.293.

[156] CARVALHO NETO, Inácio de. **Abuso do Direito**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2005, p.59.

[157] LUNA, Everardo Cunha da. **Abuso do Direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p.55.

para todo o direito"[158]. É bem verdade que a "sua incidência, porém, nos vários sistemas de direito, dá a ela o colorido peculiar a cada um deles, de modo a nos tornar possível uma distinção precisa a várias classes do ilícito – civil, penal, administrativo, autônomos e, entre si, independentes"[159].

Desdobra-se a ilicitude em subjetiva e objetiva, o que leva à constatação de que o primeiro refere-se ao ato ilícito propriamente dito e o segundo à categoria do abuso do direito, com seus parâmetros definidos a partir dos limites objetivamente impostos pelo artigo 187 do Código Civil atual. Inferem Nelson Nery Junior e Ana Maria de Andrade Nery que "quando há desobediência a esses critérios e ocorre efetivamente o abuso do direito, essa circunstância se amolda à figura do conceito legal indeterminado: a ilicitude objetiva do ato"[160]/[161].

Convém registrar que a doutrina moderna reconhece o critério finalístico para identificação da prática abusiva, admitindo, a partir de uma interpretação teleológica do ato, que bastará que se evidencie um comportamento que exceda manifestamente os limites econômico-sociais, da boa-fé e dos bons costumes, para que o ato abusivo seja configurado. A propósito, nos tribunais franceses, inclusive o da decisão de Clement Bayard, já se aplicava o critério finalista para invocar a noção de motivo sério e legítimo em confronto com a função ou espírito do direito[162].

Anote-se que o critério para sua configuração foi pacificado pelo Enunciado 37 da Jornada de Direito Civil, trazida pelo Conselho da Justiça Federal, que teve como propósito a interpretação dos artigos trazidos no texto do Novo Código Civil e identificar as principais mudanças em relação ao Código Civil de 1916. Eis o teor do Enunciado 37: "a responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe da culpa, e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico".

Ora, uma vez configurada a prática de ato abusivo, importará considerar o fundamento ético e moral em que reside o instituto, bastando contrariá-lo em circunstâncias danosas contra terceiros para incidir a responsabilidade objetiva do agente causador do eventual dano causado.

---

[158] Ibidem, p.55.
[159] Ibidem, p.55.
[160] NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Ana Maria de Andrade. **Código Civil anotado e legislação complementar**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p.256.

[161] Registre-se, por último, o desabafo de Pedro Baptista Martins: a consagração da teoria do abuso do direito é, portanto, base, expressa, assentando-se a fórmula numa base puramente objetiva. O destinatário de um direito subjetivo, que exerce de maneira anormal, desnaturando-lhe os intuitos econômicos ou sociais, envolve a sua responsabilidade e sujeita-se à obrigação de reparar as conseqüências de seu ato abusivo. Averiguar a intenção do agente, verificar se o dano teria resultado de culpa sua, é tarefa que deve ser relegada à psicologia" (MARTINS, Pedro Baptista. **Abuso do direito e ato ilícito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 194, p.141-142).

[162] JOSSERAND, Louis. **De l'abus des droits**. Paris: Dalloz, 1927.

Esta é a essência do instituto do abuso do direito, útil na facilitação da proteção dos direitos de cada indivíduo isolada e coletivamente.

3 A CONCEPÇÃO CONTEMPORÂNEA DA TEORIA GERAL DO CONTRATO

Foram intensas as transformações sociais, culturais e econômicas que a evolução dos contratos representou e ainda representa na humanidade. Mais que isso. "O surgimento do contrato não se apresenta de forma nítida na história, confundindo-se com o surgimento da própria sociedade humana, desde os grupos sociais mais primitivos"[163].

De fato, o processo de evolução dos contratos é assunto para grande aprofundamento. Não é à toa que sua trajetória histórica, ao longo dos séculos, como negócio hábil e eficiente ao qual se destina, favoreceu a consagração do contrato como instrumento circulador de riquezas na sociedade.

Dispensa-se, nesse momento, que se regresse à base histórica que remonta o surgimento e a evolução dos contratos. Mesmo assim, vale dizer que foi ainda nos idos da Idade Média que os indivíduos finalmente deixaram de recorrer às vias extremamente violentas de solução de conflitos para conciliação de seus interesses, e passaram a utilizar-se dos meios mais civilizados de negociação para tais propósitos.

Com efeito, quando finalmente foi superado o estágio primitivo de barbárie, em que os bens da vida eram apropriados mediante violência, e se implantou a convivência pacífica entre os homens em suas relações patrimoniais, foi que o contrato se fez presente nas relações intersubjetivas, como projeção natural da vontade e do consenso. É justamente o que explica Jorge Schommer Neto, ao afirmar que "quanto mais se ampliaram os grupamentos civilizados e mais volumosos se tornaram os negócios de circulação de riquezas, mais constante e decisivo se mostrou o recurso ao contrato"[164].

Discorrer sobre os contratos significa em tratar de um dos institutos mais ricos e dinâmicos do mundo jurídico contemporâneo, sem temer redundância em afirmar que a atividade contratual representa o meio de dinamização e circulação de riquezas mais eficiente em uma sociedade atualmente.

Registre-se que a noção que atualmente se guarda a respeito deste instituto revela-se visivelmente distinta daquela que percebida à época do seu surgimento. É sabido que o Código Civil Napoleônico e o Código Civil alemão destacaram-se como as principais influências do Código Civil de 1916, notadamente em vista da evolução do Direito Civil

---

[163] SCHOMER NETO, Luiz Jorge. **A** função social dos contratos: uma visão civil-constitucional. In: **Revista da Universidade de Cuiabá**. n.1. Cuiabá: Edunic, 1999, p.69.

[164] Ibidem, p.69.

europeu, já há algum tempo em andamento[165]. É bem verdade, portanto, a noção de contrato que se tinha naquela época era bastante distinta daquela que hoje é testemunhada.

Foi no Código Civil de 1916 onde primeiro se promoveu a assimilação do conceito tradicional de contrato. Nesse particular, é de se acrescentar a contribuição de Roxana Cardoso Brasileiro Borges, quando ela explica ter havido uma notável mudança no Direito Civil quanto aos institutos da família e dos contratos, que "ao lado da propriedade, sempre foi também um instituto central do direito civil, por ser meio de circulação dos bens, submete-se atualmente a princípios que, devido ao momento histórico, não podem deixar de ser observados"[166].

Foi com base nesta premissa que a evolução histórica mudou o direito civil[167] que, por consequência, aquele tipo de contrato absolutamente paritário sempre teve lugar de destaque na esteira das relações privadas de outrora. Priorizava-se, sobretudo, a prevalência do princípio da autonomia da vontade: quem celebrava determinado contrato de aluguel ou de compra e venda, por exemplo, era considerado como em absoluta condição de igualdade com a parte contrária, de modo que a ambos era dispensado o mesmo tratamento jurídico.

De fato, o princípio da autonomia da vontade, elemento marcante do diploma civil revogado, preservou o seu espaço mesmo diante das novas perspectivas do Direito Civil-Constitucional, sendo que de forma relativizada, na medida em que se notou "a evolução do conceito de autonomia da vontade para a noção de autonomia privada"[168], transição esta que descambou pela modificação da própria noção acerca do negócio jurídico como instrumento de conciliação de interesses absolutamente contrapostos.

Tanto é verdade que o Código Civil de 2002 trouxe em seu bojo grandes mudanças no direito contratual. Sabe-se que o legislador infraconstitucional preferiu atrelar o contexto da nova legislação aos ideais de humanidade e solidariedade - trazidos pelo Constituinte de 1988 – em substituição aos princípios corriqueiramente aplicados num passado recente, porém substancialmente diverso do contexto atual. Não resta dúvida que a definição de contrato vê-se revisada diante das alterações testemunhadas ao longo de sua evolução histórica, transformando a noção inicial do instituto, historicamente entendida como um mero acordo de vontades, em um verdadeiro vínculo de cooperação. A propósito, oportuna é novamente a lição de Roxana Cardoso Brasileiro Borges, que aponta como efeitos desta nova

---

[165] "Historicamente, os principais elementos do direito pertencem a uma herança européia comum: o direito romano antigo e medieval e o direito canônico, o antigo direito germânico, o direito feudal, o direito municipal medieval e o direito natural do começo dos tempos modernos. Todos esses elementos exerceram, em diversos graus, sua influência em todos os países da Europa" (CAENEGAN, R.C. Von. **Uma introdução histórica ao Direito Privado**. Tradução de Carlos Eduardo Lima Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.2-3).

[166] BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005, p.84.

[167] Ibidem, p.84.
[168] Ibidem, p.50.

noção de contrato a proteção da confiança nas relações contratuais, a exigência de boa-fé e a observância da função social do contrato. Segundo a autora, "deixando no passado a ideia de oposição, antagonismo e contrariedade entre as partes, chega-se à percepção da necessidade de atuação cooperativa entre os pólos da relação contratual, pois ambas têm interesse em jogo dependentes da atuação recíproca"[169].

Nessa esteira, os princípios da eticidade, da socialidade e da operabilidade traduzem-se em diretrizes que admitem desdobramentos que conscientemente foram colocadas ao lado das cláusulas gerais presentes no texto do novo Código Civil. Por via de consequência, como não poderia deixar de ser, estes princípios passam a servir de parâmetros para interpretação e concretização das cláusulas abertas nas mais variadas situações.

Admite-se que diversas foram as causas que concorreram para a transformação da noção de contrato ao longo desta trajetória. A superação da idéia equivocada de igualdade formal entre os indivíduos a pretexto de assegurar o equilíbrio entre os contratantes, a intromissão gradual do Estado na vida econômica, bem como a crescente massificação e uniformização dos contratos (principalmente os de consumo) permitiram uma nova interpretação dos princípios da igualdade e da autonomia da vontade[170]/[171].

A releitura do contrato à luz da Constituição, de fato, mostra-se imprescindível, sob pena de enfrentar uma interpretação defasada perante o sistema infraconstitucional[172]. Nesse raciocínio, propugna-se uma análise acerca dos reflexos do fenômeno da constitucionalização do direito civil e os seus respectivos impactos no direito contratual.

Sabe-se que o princípio da dignidade da pessoa humana, amplamente prestigiado no texto da Constituição Federal de 1988, ao ser consagrado como fundamento marcante na transição do Estado Liberal para o Estado Social, dentre outras consequências, também

---

[169] Idem. Reconstrução do direito privado: do clássico ao atual. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (coords.). **Direito Contratual**: temas atuais. São Paulo: Método, 2007, p.27-28.

[170] GOMES, Orlando. **Contratos**. Atualizado por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

[171] Nesse sentido, Diogo Melo também destaca a ocorrência do fenômeno de massificação das relações contratuais em geral, observado ainda no século XIX, quando o Estado - inserido em um plano eminentemente capitalista - passou a ser o principal fomentador das relações negociais de diversas ordens. Aliás, é nesse despontar que surgem os principais indicadores, por assim dizer, desse processo: os contratos de adesão e as cláusulas gerais contratuais, como resultado de significativo processo de evolução tecnológica e massificação dos meios de produção ocorrida na Europa no século XIX, o que marcou o início do processo de abertura e flexibilização do sistema (MELO, Diogo L. Machado de. **Cláusulas contratuais gerais**: contratos de adesão, cláusulas abusivas e o código civil de 2002. Coleção Agostinho Alvim. São Paulo: Saraiva, 2008).

[172] NALIN, Paulo. Autonomia privada na legalidade constitucional. In: NALIN, Paulo (org.). **Autonomia privada na legalidade constitucional**. Contrato e sociedade. Volume III. Curitiba: Juruá Editora, 2006.

promove o encontro dos princípios tradicionais secularmente consagrados na esfera privada com os mais novos princípios contratuais, a exemplo da boa-fé e da função social.

De fato, os efeitos desta fase não cessaram neste ponto. Os inúmeros movimentos sociais levaram o antigo Estado Mínimo a tornar-se mais intervencionista, no caso, mais social, capaz de impedir a exploração e os abusos praticados pelos mais fortes sobre os economicamente mais fracos. Para tanto, promoveu-se gradativamente a proteção dos interesses sociais em geral. No Brasil, tais transformações inspiraram a elaboração da Constituição Federal de 1988, que elevou a dignidade da pessoa humana a fundamento da República, com o objetivo de alcançar o estágio de uma sociedade livre, justa e solidária. Sobre isso, esclarece Jorge Schommer Neto que "o modelo de contrato do Estado Liberal, cujo princípio nuclear era o da autonomia da vontade, não conseguiu dar respostas adequadas aos anseios e às necessidades da sociedade atual"[173].

Assim, o contrato configurou-se, no contexto do Estado Liberal, como um meio bastante eficiente e produtivo, visto que servia à exploração dos contratantes hipossuficientes por aqueles mais fortes economicamente. Como numa reação a esta constatação, o Estado Social finalmente eleva a dignidade humana, fundamento principal da República, à condição de novo princípio contratual tão importante (ou mais) quanto o da autonomia da vontade.

Assentam-se nessa esteira uma série de fatores ligados à ocorrência de uma verdadeira renovação do direito contratual com o advento do atual Código Civil. Este, por conseguinte, constrói seus alicerces com base nos princípios da eticidade, da socialidade e da operabilidade, numa reação ao espírito individualista e patrimonialista predominante no ordenamento brasileiro na vigência do Código Civil de 1916. Entende Christiano Cassetari que o Código Civil vigente representa verdadeiro divisor de águas no direito civil, na medida em que obriga a comunidade jurídica a desvincular-se dos velhos paradigmas, frutos da época de excedida codificação, que impregnaram a ciência do direito como um todo por longos períodos. Ou seja, "uma significativa alteração principiológica foi empreendida, já que o diploma civil vigente se alicerçou nos princípios de eticidade, socialidade e operabilidade"[174].

Em termos mais práticos, percebe-se que a inserção destes princípios no diploma civil de 2002, com base na influência dos novos valores constitucionais que passaram a informar todo o ordenamento, favoreceu uma verdadeira reflexão acerca do direito privado como um todo. O resultado não poderia ter sido outro senão o afastamento definitivo do pensamento individualista que impregnava este grande ramo do direito à época da vigência do Código Civil de 1916 e a consequente absorção de um pensamento em favor do coletivo.

---

[173] SCHOMER NETO, Luiz Jorge. A função social dos contratos: uma visão civil-constitucional. In: **Revista da Universidade de Cuiabá**. n.1. Cuiabá: Edunic, 1999, p.63.

[174] CASSETTARI, Cristiano. A função social da obrigação: uma aproximação na perspectiva civil constitucional. In: CASTILHO, Ricardo; TARTUCE, Flavio (coords.). **Direito Civil**: direito patrimonial e direito existencial. Estudos em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. São Paulo: Método, 2006, p.176.

Assim, como consequência direta do caráter unificador da Constituição Federal de 1988, bem como do espírito social delineado pelo Código Civil logo depois, interessa centralizar o desenvolvimento deste capítulo da pesquisa a partir da análise acerca do verdadeiro impacto do fenômeno de constitucionalização do Direito Civil, que traz a importância do princípio da dignidade humana em seu bojo, no campo do direito contratual.

Inicialmente, como não poderia deixar de ser, tendo em vista a tendência social e humanitária alimentada pela novidade do Direito Civil-Constitucional, a pesquisa restará conduzida à demonstração quanto à necessidade de se conferir efetiva proteção às partes efetivamente envolvidas em cada relação contratual. Assim, ao lado da indiscutível importância social, econômica e cultural que desde sempre representou o instituto dos contratos na sociedade moderna, imperiosa se fará a ressalva de que também são dignos de proteção, tal como informam os princípios contratuais modernos, os contratantes envolvidos no negócio jurídico, aos quais deve estar assegurada o máximo possível de proteção e dignidade. Será demonstrado que somente assim o contrato, enfim, tem serventia como instrumento de harmonização dos interesses contrapostos e à perfeita consecução dos seus fins individuais e sociais aos quais ele se destina.

Em seguida, a pesquisa finalmente alcançará a análise específica dos princípios contratuais, os quais estão classificados como liberais e sociais. Neste passo, prioriza-se a demonstração da possibilidade de perfeita convivência entre os princípios clássicos – próprios da concepção tradicional de contrato como negócio jurídico bilateral conciliador de interesses patrimoniais contrapostos – e dos princípios contratuais contemporâneos, frutos do conceito moderno de contrato, notadamente influenciado pela perspectiva civil-constitucional dominante.

Finalmente, a partir desta visualização, restará incontestável a importância da obediência e efetiva aplicabilidade dos princípios contratuais em referência, tanto para o alcance dos fins sociais e econômicos, bem como preventivamente, evitando que manobras abusivas desvirtuem o pacto firmado em prejuízo dos interesses envolvidos.

3.1 A INFLUÊNCIA DO DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL NA RENOVAÇÃO DO DIREITO CONTRATUAL

Os três pilares que sempre compuseram a base do direito privado - quais sejam, a propriedade, a família e o contrato - tornam-se alvo de uma nova leitura, que altera significativamente as suas configurações e os redireciona numa racionalidade baseada no princípio da dignidade da pessoa humana, em substituição da antiga perspectiva fulcrada no

patrimônio e no individualismo[175]. Esta constatação resume a extraordinária transformação por qual passaram os institutos mais importantes do direito privado em razão do advento da Constituição Federal.

Vale a advertência de Leonardo Mattieto para que não se confunda, com a expressão direito civil constitucional, a designação do conjunto de dispositivos sobre os institutos civilísticos tradicionais, como a propriedade, a família e a empresa, que recebem tratamento específico no texto da Constituição. Nada mais razoável, afinal, direito civil constitucionalizado é o direito civil como um todo, sem divisões, garantindo que todo ele receba influência dos novos valores e princípios constitucionais. Reforça, ainda, o autor, que "não só os institutos que receberam previsão constitucional compõem o direito civil constitucional, mas a inteira disciplina civilística, nesse juízo renovado"[176].

Sabe-se que o direito civil foi, durante séculos, o ramo do direito mais distante do direito constitucional. Desde os seus primórdios, sempre esteve voltado à regulação das transações entre os particulares, afastando-se completamente das relações em que o Estado fosse parte. De fato, a velha dicotomia[177] entre o público e o privado era fortalecida pela auto-suficiência do direito civil, que por muito tempo resistiu às insistentes transformações políticas e econômicas testemunhadas pela sociedade, sempre tendente a regular as relações entre particulares, primando sempre pelo alcance dos objetivos econômicos e a aquisição (manutenção) de patrimônios em detrimento dos interesses sociais.

---

[175] FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos Fundamentais, Dignidade da Pessoa Humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direitos Privados**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003, p.99.

[176] MATTIETO, Leonardo. O direito civil-constitucional e a nova teoria dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Problemas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.170.

[177] Mais do que a distinção com base no critério do atendimento mediato ou imediato do interesse coletivo e do interesse particular, a dicotomia existente entre o direito público e privado envolve, sobretudo, a transição da época do Estado absolutista para o Estado do Bem-Estar Social, quando se tentou reduzir os constantes abusos cometidos pelos absolutistas no intuito de delimitar ao máximo os espaços de intervenção estatal para que não interfira na esfera privada. É o que ensina Eugênio Facchini Neto ao afirmar que é justamente nesse contexto de transição que "se revela mais intensa a divisão dicotômica entre público e privado e sua derivações – a separação entre Estado e Sociedade, Política e Economia, Direito e Moral. Essa visão dicotômica de mundo repercute no mundo jurídico, com a acentuação da diferença entre Direito Público e Direito Privado. O Direito Público passa a ser visto como o ramo do direito que disciplina o Estado, sua estruturação e funcionamento, ao passo que o Direito Privado é compreendido como o ramo que disciplina a Sociedade civil, as relações intersubjetivas, e o mundo econômico (sob o signo de liberdade). As relações privadas são estruturadas a partir de uma concepção de propriedade absoluta e de uma plena liberdade contratual (reinos esses que o Direito Público não podia atingir) em todos os Códigos civis que surgem nesse primeiro ciclo das codificações" (FACCHINNI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: livraria do advogado, 2003, p.17).

Na conformidade do que explica Ludwig Raiser, citado por Roxana Cardoso Brasileiro Borges, o Direito Civil era visto como imutável diante das transformações políticas e sociais surgidas, haja vista que a apenas o direito público se rendia a tais oscilações. A par disso, avaliando a "pretensa intangibilidade" do Direito Civil, explica a autora que

> o direito civil, ramo do direito que vem se consolidando desde o direito romano, foi considerado estável pela doutrina, devido à pouca influência que demonstrava sofrer por parte das transformações políticas, econômicas ou sociais que a história apresentava. [...]. Por essas razões – que, muitas vezes, são exageradas pelos civilistas mais tradicionais -, o direito civil acabou por ser cristalizado ao longo da história, tendo alguns juristas pretendido que ficasse esse ramo do direito alheio às transformações históricas pelas quais a sociedade passou e vem passando desde a época da codificação francesa ou, até mesmo, desde a época do direito romano[178].

Numa visão mais avançada, San Tiago Dantas já insistia sobre a necessidade de renovação da dogmática jurídica através de sua adaptação às mudanças sociais, sustentando que o estudo puramente dogmático conduz a certos exageros, que precisam ser equilibrados com outros métodos. Segundo o jurista, o grande erro é que ao se fixar conceitos na dogmática, tem-se a impressão de que tais normas são inflexíveis, sendo que nada é mais inflexível que o próprio direito, já que o mesmo deverá acompanhar as transformações da realidade, da vida jurídica, em razão das mudanças que ocorrem no meio social[179].

De fato, a Constituição compunha o direito público, ao passo que o Código Civil integrava o direito privado, que se destacava pela sua autonomia, firmeza, auto-suficiência e estabilidade perante o resto do ordenamento.

A propósito, ensina Paulo Luiz Neto Lôbo que no Brasil, em noventa anos, tivemos seis Constituições e apenas um Código Civil. Segundo ele, levando-se em conta que o documento constitucional surgiu, em verdade, como um documento político útil tão somente à definição de normas de organização e competência estatal, não incidindo sobre os demais ramos do direito (exceto em situações excepcionais), o campo do Direito Constitucional era dominado pelo "princípio da instabilidade", haja vista o seu caráter eminentemente inconstante[180]. A par disso, ressalta ainda o autor alagoano que foi esta uma das razões das constantes interpretações do Código Civil de maneira apartada da Constituição.

Assim, o Código Civil de 1916 que, como dito, teve sua origem ligadas às doutrinas do individualismo e do voluntarismo jurídicos, notadamente influenciadas pelo Código Napoleônico, bem como de outros ordenamentos marcantes do século XIX, que

---

[178] BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005, p.79.

[179] DANTAS, San Tiago. **Programa e direito civil** – teoria geral. 3.ed. (Obra taquigrafada por Victor Bourhis Jurgens). Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.1.

[180] LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Do contrato no Estado Social**: crise e transformações. Maceió: Edufal, 1983.

representava a manutenção da distância guardada entre os dois grandes ramos do direito. De fato, tendo sido o Código Civil identificado como o principal *locus* normativo do indivíduo, nenhum outro ramo do direito era mais distante do direito constitucional do que este, chegando a ser cogitado como "constituição do homem comum". Tem razão Jorge Schommer Neto, tendo em vista que o direito privado, àquela altura, já havia consagrado o indivíduo sujeito de direitos como valor jurídico fundamental de ordenamento, passando a sua atuação a ser protegida sob o ponto de vista formal:

> as principais relações jurídicas tuteladas restringiam-se, basicamente, ao sujeito contratante e ao proprietário. Estes nada mais aspiravam do que a libertação de todos os antigos privilégios feudais, passando a ter ampla liberdade para contratar, circular riquezas, adquirir bens, como uma forma de representação da ampliação da própria inteligência e personalidade, sem intervenção legal[181].

Em termos práticos, é como se, muito embora o Direito Civil estivesse voltado à regulação dos interesses dos particulares, em verdade, a ele importavam apenas os sujeitos detentores de patrimônios que, ao contratar, fossem capazes de promover a circulação da riqueza ao negociar bens através a partir da celebração de contratos em geral. Nesse passo, confirmava-se o caráter exageradamente patrimonialista e individualista do Direito Civil, máxime ao longo do século XX, quando vigia o Código Civil de 1916.

Aquela realidade, entretanto, começaria a se modificar com o advento da Constituição Federal de 1988, justamente quando se observaram os primeiros rumores do fenômeno da constitucionalização do direito civil.

A esta altura, a reflexão acerca da suposta dicotomia entre o direito público e o direito privado já havia se iniciado no sentido de que se tratava, como à primeira vista pudesse se imaginar, tão somente de um distanciamento historicamente condicionado ao sabor de critérios que, na realidade, refletiam as necessidades da vida social e política do momento histórico que, aos poucos, vinha se superando. Sustenta Leonardo Mattieto que a tese da unidade conceitual do direito[182] torna inviável a separação dicotômica entre o público e o privado, posto que se eles se complementam na medida em que o direito privado alcança o

---

[181] SCHOMER NETO, Luiz Jorge. A função social dos contratos: uma visão civil-constitucional. In: **Revista da Universidade de Cuiabá**. n.1. Cuiabá: Edunic, 1999, p.67.

[182] Para tanto, ele se utiliza das lições de Caio Mário Pereira da Silva, que indica que "o direito constitui uma unidade conceitual no plano filosófico, uma unidade orgânica no plano científico, uma unidade teleológica no plano social" (MATTIETO, Leonardo. O direito civil-constitucional e a nova teoria dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Problemas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.165). E complementa: "acolhida a tese de unidade do ordenamento jurídico, e bem assim da superioridade dos valores e princípios insculpidos na Constituição, cujo alcance se projeta no sistema jurídico como um todo, conduz à necessidade de abandonar a separação do direito em público e privado, posta pela doutrina tradicional" (Ibidem, p.166).

direito público em diversas situações, ao mesmo tempo em que a atuação deste último não se esgota no plano estatal[183].

De fato, não cabe ver o direito privado, tampouco o direito civil, como a extremidade simétrica do direito público e dos atos relacionados ao Estado, dele afastando-se. Ora, a atividade primária do Estado não deve estar distante do indivíduo, pois é ele quem o fundamenta segundo os critérios imperiosos de respeito à dignidade humana.

Tinham razão os juristas contemporâneos quando insistiram na necessidade da superação da dicotomia destes ramos do direito – mesmo antes do advento do Código Civil atual - posto que, somente assim, poderia ser possível o reconhecimento da incidência dos valores e princípios constitucionais em matéria civil. Afinal, não é novidade o intenso processo de sedimentação desta realidade. Oportuna se faz a lição de Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco na consideração de que no Brasil, "é significativo o esforço pela concretização desse princípio, tanto no plano legislativo, quanto no jurisprudencial e doutrinário", em que pesem as notórias dificuldades materiais e socioculturais para tornar efetivo o respeito à dignidade da pessoa humana[184]

Ademais, quando finalmente as normas constitucionais passaram a exigir a devida conformidade de todas as normas hierarquicamente inferiores, vinculando o legislador e o intérprete à formação de uma "mentalidade constitucionalística"[185], tornou-se possível identificar certa comunicação entre os ramos do direito público e privado.

Nesse particular, destaque para a atuação do princípio da dignidade da pessoa humana, valor jurídico fundamental da Constituição Federal de 1988, na percepção do fenômeno da constitucionalização do Direito Civil. Sobre isso, não paira qualquer dúvida na consideração de que, a despeito da sua inclusão privilegiada no texto constitucional, o princípio da dignidade humana revela-se de particular importância tanto pela sua origem, como pelo seu difícil processo de concretização. É o que ensina Alexandre dos Santos Cunha ao inferir que "enquanto fundamento primeiro da ordem jurídica constitucional, ele o é também do direito público. Indo mais além, pode-se dizer que é a interface entre ambos: o vértice do Estado de Direito"[186].

---

[183] Ibidem, p.166.

[184] BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.176.

[185] Expressão consignada por Leonardo Mattieto diante do contexto que se lhe apresentava, insistindo que "o caminho inevitável a seguir é, pois, o de empreender a releitura do Código Civil e das leis especiais à luz da Constituição, com a forçosa identificação de um direito civil mais sensível aos problemas e ás exigências da sociedade" (MATTIETO, Leonardo. O direito civil-constitucional e a nova teoria dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Problemas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.168).

[186] CUNHA, Alexandre dos Santos. Dignidade da pessoa humana: conceito fundamental do direito civil. In: COSTA, Judith Martins. **Reconstrução do Direito Privado:** reflexos dos princípios,

Vale dizer, os princípios têm função determinante tanto no sistema jurídico como no sistema político. Com efeito, em se tratando do princípio da dignidade da pessoa humana, a constatação não poderia ser diferente[187].

A ideia de dignidade da pessoa humana parece, à primeira vista, algo de fácil assimilação, como um reflexo imediato do que a própria nomenclatura pode inferir, qual seja, a noção de que nos dias atuais deve ser repugnado todo e qualquer ato que possa comprometer a vida digna de um indivíduo pessoalmente considerado. Há que se considerar que o respeito incondicional ao ser humano - que deve partir tanto do Estado, como dos seus semelhantes – fundamenta este princípio constitucional, tanto por sua repercussão jurídica, como também no que toca o sentido de liberdade e autodeterminação, características ínsitas à natureza do próprio ser humano e que o colocam num plano superior às intervenções do Estado nesta seara.

Entretanto, segundo elucidação de Nelson Rosenvald, "uma aproximação cronológica demonstra que inúmeras vidas foram sacrificadas ao longo do processo de conquista da dignidade"[188]. Constam dos registros, segundo o autor mineiro, que três marcos que terminaram por desenhar a trajetória histórica da dignidade humana: o Cristianismo, o Kantismo e a Segunda Guerra Mundial.

O Cristianismo, a primeira doutrina a elevar o sujeito ao nível de pessoa e, como tal, digna de proteção, pois que se tratava da imagem e semelhança de Deus[189], revelou-se de

---

diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002a, p.250.

[187] Registre-se, de antemão, a sustentação de Robert Alexy, abordada por Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, pela relatividade do princípio da dignidade humana, na medida em que ele comporta graus de realização e que a sua precedência em relação aos demais princípios constitucionais também não lhe confere o caráter absoluto. Destarte, mesmo diante das críticas de Alexy, os autores entendem que "tanto numa hipótese quanto na outra, não se discute o valor da dignidade humana em si mesmo – até por que, sob esse aspecto, ele parece imune a questionamentos -, mas tão-somente, em determinadas situações, ele foi ou não respeitado, caso em que, se a resposta for negativa, legitima-se a precedência da norma ou da conduta impugnadas em nome desse princípio fundamental" (BRANCO; COELHO; MENDES, 2009, p.173).

[188] ROSENVALD, Nelson. **Dignidade da pessoa humana e o princípio da boa-fé no Código Civil.** Coleção Prof. Agostinho Alvim. São Paulo: Saraiva, 2007, p.1.

[189] Acrescenta Nelson Rosenvald a importância do discurso de Giovanni Pico della Mirandola, em texto que ficou conhecido como *Hominis dignitate*: "se até então a dignidade era apreciada em função de uma concessão do Criador, o contributo de Pico della Mirandola consistiu em acrescentar o elemento racionalidade do homem e da consciência de sua liberdade voltada para a ação ética". E conclui: "portanto, penetra no campo ontológico, considerando que a vontade humana está orientada para o bem e o homem digno está condenado a escolher, está condenado à liberdade" (Ibidem, p.2). Sobre o assunto, Livia Heygert Pithan adverte que "embora o pensamento kantiano seja priorizado como fundamento filosófico da concepção jurídica brasileira de dignidade humana merecedora de especial consideração não foi originalmente tratado pelo prussiano iluminista. A filosofia medieval foi decisiva na concepção de que a humanidade merece especial valor e consideração e, mais adiante, o renascimento trouxe contribuições inaugurais. Um pensador de extrema influência na concepção contemporânea de dignidade humana foi Giovani Pico della Mirandola [...]. Conforme explicações de

especial importância no despertar para o longo processo de afirmação do ser humano como ente digno de proteção especial.

Mais modernamente, destacou-se a doutrina propagada por Kant, conhecida por conferir demasiada importância à autonomia da vontade do ser humano que, como ser racional, seria ente plenamente capaz de exteriorizar os seus desejos e manifestar sua dignidade[190]. A partir deste raciocínio otimista e visivelmente liberal propagado por Kant, de que seria o homem, por sua natureza, dotado de valor ético e justo, capaz de conceber a sua liberdade por isto, na realidade, o Kantismo é facilmente identificado ao se notar que, na tendência dos movimentos iluministas propagadores desta razão humana, na visão moralista do filósofo Kant, "não haveria liberdade no ato de agir se nos conduzíssemos em função de mandamentos preordenados, pois seríamos refratários a nossa inerente dignidade, que se encontra na raiz racional de nosso juízo"[191].

Sobre isso, informa Daniel Fernando Bondareco Zajarkiewicch que, segundo Kant, o homem tem dignidade e, como tal, se distingue essencialmente das coisas, "que têm preço"[192]. É o que também enfatiza Flaudemir Jerônimo Belinati Martins ao inferir que esta concepção kantiana de dignidade humana ainda prevalece no pensamento filosófico atual, considerando principalmente a racionalidade como característica distintiva do ser humano, que – de fato – o torna único e insubstituível[193].

Ademais, a ideia do homem como centro do ordenamento tem raiz na reação natural da humanidade contra as atrocidades cometidas à dignidade das pessoas na Segunda Guerra Mundial, época em que os regimes totalitários e absolutistas, testemunhados na Europa em meados do século XX, promoveram grandes e inesquecíveis extermínios[194].

Luiz Feracine sobre a obra de Pico, a dignidade humana não é algo dado ou acabado e mecanicamente fixo. A dignidade humana é conquistada devido à natureza perfectível, condicionada pela liberdade" (PITHAN, Lívia Haygert. A proteção da dignidade humana nos contratos através da sua objetivação e da confiança. In: **Direito & Justiça: Revista da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul**. v.32. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006, p.81).

[190] ZAJARKIEWICCH, Daniel Fernando Bondarenco. Reflexões sobre a dignidade da pessoa humana. **Revista de Direito Privado**. Ano 10. n.38. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p.53.

[191] ROSENVALD, Nelson. **Dignidade da pessoa humana e o princípio da boa-fé no Código Civil.** Coleção Prof. Agostinho Alvim. São Paulo: Saraiva, 2007, p.3-4.

[192] ZAJARKIEWICCH, Daniel Fernando Bondarenco. Reflexões sobre a dignidade da pessoa humana. **Revista de Direito Privado**. Ano 10. n.38. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p.53.

[193] MARTINS, Flaudemir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana**: princípio constitucional fundamental. Curitiba: Juruá, 2003.

[194] Interessantes as passagens lembradas por Nelson Rosenvald sobre o assunto: "o processo de despersonalização do ser humano começa com a fragmentação da família, a eliminação de suas vestes e documentos, a substituição de seu nome por um número marcado no braço, tal qual gado. A perda da identidade, aliada à fome, à dor e à doença, retira do ser humano o seu vestígio de racionalidade, pois apenas subsiste o instinto de luta pela vida, nada mais" (ROSENVALD, Nelson. **Dignidade da pessoa**

Na certeza de que não foram somente estas as bases históricas que influenciaram a construção do princípio da dignidade da pessoa humana, permite-se, em todo caso, necessária correlação entre tais fatores e a constatação de que o significado de dignidade está contido no próprio sentido de ser humano, posto que se encontram em um compasso de complementaridade e inerência recíprocas.

Também não é mais novidade, diante desta extensa repercussão, que o princípio em comento desdobra-se em duas dimensões que podem ser encaradas como deveres decorrentes de tal premissa: uma negativa e uma positiva. A primeira traduz-se na ideia geral de abstenção perante a coletividade, consistente no respeito ao valor superior da dignidade alheia, enquanto a segunda se eleva no imperativo de propiciar os recursos materiais e morais para que todos possam desenvolver o seu potencial e desenvolver os atributos da personalidade. Em termos práticos, é como se a primeira dimensão garantisse ao ser humano um escudo na proteção da sua dignidade contra discriminações, ofensas, perseguições e retaliações das quais eventualmente possa ser vítima, tanto em relação à ingerência estatal, como em relação ao particular. Na segunda dimensão – a positiva – fica evidente a tendência deste princípio em garantir a autodeterminação de cada indivíduo, direcionando suas escolhas à realização da dignidade humana ao partir de uma perspectiva solidária e coletivizada[195].

A despeito de tais considerações, compreende-se a dignidade humana nas palavras de Luis Eduardo de Toledo Coelho, que analisa ser este princípio mais do que uma mera previsão legislativa, posto que requer, para o seu efetivo cumprimento, políticas ativas e efetivas por parte do Estado. De fato, segundo ele, é preciso ter em mente o crucial papel desenvolvido em nosso mundo pelo princípio da dignidade da pessoa humana, vez que ele está em todos os lugares, em todas as decisões judiciais, "desde o simples ato de procrastinar um processo ao ato honroso de caridade". Concordamos quando o autor sobretudo quando este informa que tudo é influenciado pelo princípio da dignidade da pessoa humana e a "principal razão dessa macro influência é o objetivo final que fez com que o homem decidisse viver em sociedade"[196].

Assim, pode-se afirmar que o princípio em referência reveste-se, de maneira simultânea, como valor e como princípio, na medida em que tanto se assenta na ideia do homem como centro do ordenamento jurídico, como se revela elemento determinante na atividade interpretativa das normas infraconstitucionais, passando a exigir do aplicador do direito perfeita sintonia com a Lei Fundamental.

Não por menos, foi a partir da sua previsão na Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948, que o princípio da dignidade humana foi lembrado em vários

---

humana e o princípio da boa-fé no Código Civil. Coleção Prof. Agostinho Alvim. São Paulo: Saraiva, 2007, p.5).

[195] Ibidem.

[196] COELHO, Luiz Eduardo de Toledo. Os direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana às relações privadas. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Ano 17. n. 67. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p.218-219.

ordenamentos jurídicos de diversos países, tais como Espanha, Portugal, França e Alemanha, ordenamentos nos quais obteve o seu mais amplo desenvolvimento teórico e jurisprudencial[197].

No Brasil, com o advento da Constituição Federal de 1988, clareia-se um novo período, desta vez com amplas repercussões no âmbito do direito privado, haja vista as limitações que enfim são impostas à declaração da vontade dos particulares – até então, tão prestigiada no ordenamento. É o primeiro indício de uma tentativa de concretização do princípio constitucional da dignidade humana, na medida em que este imperativo representa incontestável relativização do individualismo e voluntarismo que se fizeram presentes ao longo do século XX diante da valorização dos novos parâmetros de solidariedade e eticidade impostos pela Lei Maior[198].

O incremento do princípio da dignidade da pessoa humana e a grande notoriedade que a ele se soma, trouxe grandes repercussões. Em verdade, não poderia ser outro o resultado senão o êxito quanto à eficácia deste diante de sua previsão no texto constitucional, afinal, não há que se falar neste princípio como produto de mera atividade legislativa, mas sim integrá-lo de uma vez como um valor supremo da humanidade consagrado constitucionalmente pelo ordenamento brasileiro.

É com base neste raciocínio que se consagra o Estado Democrático de Direito ao prestigiar a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, especialmente ao lado dos fundamentos da soberania, da cidadania e dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, conforme indica o artigo 1º da Constituição Federal de 1988.

Identificado no primeiro dispositivo constitucional, o princípio da dignidade humana interfere não somente no rol dos princípios constitucionais, mas também exerce ampla função interpretativa perante todo o ordenamento. Em termos práticos, portanto, é de se inferir que a localização topográfica do princípio em referência não deixa dúvidas quanto ao imperativo acerca da necessidade de que todos os demais dispositivos constitucionais e infraconstitucionais sejam interpretados segundo o valor supremo da dignidade humana.

É de se registrar, nesta oportunidade, o magistério de Dirley da Cunha Junior, quando aponta o princípio da dignidade da pessoa humana como núcleo essencial dos direitos fundamentais, ao tempo em que este elemento também serve como critério basilar de identificação desta categoria de prerrogativas. Segundo ele, os direitos fundamentais definem-se como o "conjunto de prerrogativas, faculdades e instituições imprescindíveis a assegurar uma existência digna, livre, igual e fraterna de todas as pessoas", que invariavelmente se

---

[197] CUNHA, Alexandre dos Santos. Dignidade da pessoa humana: conceito fundamental do direito civil. In: COSTA, Judith Martins. **Reconstrução do Direito Privado:** reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.245.

[198] AZI, Camila Lemos. **O princípio da equivalência material das prestações no novo Código Civil**. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Salvador, 2004.

ligam à necessidade de proteção da vida em dignidade, "buscando realizar, em última instância, a felicidade humana"[199].

Nessa trajetória, impossível não fazer referência à feliz constatação quanto à possibilidade de aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas como resultado da própria natureza nuclear e irradiante da dignidade da pessoa humana, promovendo a integração normativa do ordenamento jurídico[200].

Nesses termos, como já se antecipou, mitiga-se o individualismo e a tutela da autonomia da vontade em face da proteção da dignidade humana. É com base nesse contexto que o ordenamento pátrio inicia uma fase nunca antes vivenciada: a disciplina privada, que sempre esteve concentrada nos códigos civis, passou a ser tratada pelas legislações especiais, vez que os diplomas vigentes revelavam-se incompatíveis em diversos aspectos com a nova perspectiva constitucional que se assentava. Testemunhou-se, portanto, a chamada "Era dos Estatutos", esclarecida nas palavras de Eugenio Facchini Neto, em referência à inevitável fragmentação do direito civil após uma época de excessiva codificação, como uma das consequências de uma potencial constitucionalização:

> diferentemente do período anterior, em que os Códigos representavam o eixo central de todo ordenamento jurídico privado, pretendendo disciplinar a totalidade das relações jurídicas do sujeito abstrato sob a égide da autonomia da vontade, esse novo período vê o direito privado deixar os códigos totalizantes em direção à legislação dita 'extravagante'. Na medida em que novas constituições rígidas continham verdadeiros programas voltados para o futuro – pois pretendia-se transformar a sociedade, e não só espelhá-la, como buscavam fazer os códigos civis do período anterior – impunha-se o desenvolvimento legislativo e o detalhamento normativo de tais programas. [...]. Trata-se do deslocamento do monossistema simbolizado pelos códigos totalizantes, em direção ao polissistema legislativo, adotando-se microssistemas que gravitavam ao lado do Código Civil. É o chamado advento da era dos estatutos[201].

Ainda no que tange a "era dos estatutos", verifica-se que enquanto no passado o Código Civil era o elo entre todo o ordenamento civil e regia as relações privadas (face à criação de inúmeros estatutos esparsos e com a falta de sincronia e os anseios do Estado Social), o Código Civil perde a posição de centralidade ocupada até então por um novo modelo que há algum tempo se fazia necessário. Neste particular, Daniel Sarmento reconhece que "falar de descodificação relativamente ao Código vigente não implica absolutamente a

---

[199] CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional.** Salvador: JusPodivm, 2009, p.541.

[200] SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

[201] FACCHINNI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: livraria do advogado, 2003, p.23.

perda do fundamento unitário do ordenamento, de modo a propor a sua fragmentação em diversos microssistemas, com ausência de um desenho global"[202].

Diante desta realidade, eis que o Direito Civil finalmente cede às transformações promovidas pela Lei Fundamental, de modo que aos poucos se enxergam os primeiros indícios de um novo paradigma. Impõe-se, nesse contexto, que as normas e os institutos do direito civil finalmente passem a ser interpretados segundo os valores e princípios imperativos da nova ordem constitucional e se materializem na substituição dos traços exageradamente patrimoniais (em perseguição a uma lógica de produção e de riquezas) pelos valores existenciais fundados no princípio da dignidade humana. A tal constatação soma-se à de o direito civil finalmente passar a priorizar o ser humano, o desenvolvimento de sua personalidade, a efetivação dos direitos fundamentais, dentre outras consequências específicas.

Assim, nota-se que finalmente o respeito que tanto o Estado, como as demais pessoas que cercam determinado indivíduo, devem guardar em relação ao outro, deve ser absoluto e incondicional, independente de qualquer estipulação patrimonial[203].

De fato, não foram poucas as mudanças ocorridas até que se alcançasse o momento de se exigir dos aplicadores do direito uma nova postura metodológica, valorativa e interpretativa que estivesse constantemente ligada a uma perspectiva dialética com a Constituição Federal. Sobre este aspecto, levando-se em conta o que realmente representa o fenômeno da constitucionalização do direito civil, sustenta Paulo Luiz Neto Lôbo que não se trata de buscar a demarcação dos espaços distintos ou contrapostos. É mais simples do que se imagina, pois "antes, havia a disjunção; hoje, a unidade hermenêutica, tendo a Constituição como ápice conformador da elaboração e aplicação da legislação civil" Já a mudança de atitude revela-se substancial: "deve o jurista interpretar o Código segundo a Constituição, e não a Constituição segundo o Código, como ocorria com freqüência (e ainda ocorre)"[204].

Em verdade, não seria exagero algum afirmar que o referido fenômeno já representava, em verdade, uma necessidade social, que impôs uma releitura geral dos institutos do direito à luz da Constituição, favorecendo a harmonia do ordenamento jurídico brasileiro. Confirma-se, com isso, o exemplo do ocorrido na Era dos Estatutos, que tem no Código de Defesa do Consumidor e o Estatuto da Criança e do Adolescente, ambos do ano de 1990, os seus maiores exemplos.

---

[202] SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p.98.

[203] ROSENVALD, Nelson. **Dignidade da pessoa humana e o princípio da boa-fé no Código Civil.** Coleção Prof. Agostinho Alvim. São Paulo: Saraiva, 2007, p.8-9.

[204] LÔBO, Paulo Luiz Neto. Constitucionalização do Direito Civil. In: FIÚZA, César; FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Direito Civil** – atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.198.

O impacto desse processo evolutivo no direito contratual não poderia ser outro senão a sua renovação em diversos aspectos. Enquanto o diploma civil anterior fundava-se na perspectiva voluntarista e patrimonialista, o Código Civil de 2002, inspirado pelos novos valores constitucionais, sobreveio como um "divisor de águas" na medida em que obrigou a comunidade jurídica a romper com antigos dogmas e tradições secularmente consolidadas numa época de excessiva codificação.

Não resta dúvida de que o novo Código Civil empreendeu significativa alteração principiológica no direito brasileiro ao alicerçar-se nos princípios da eticidade, socialidade e operabilidade, conforme supramencionado. Testemunha-se, desde então, uma fase de efetiva reconstrução do direito civil partindo do estímulo à rediscussão dos seus principais conceitos e institutos, bem como dos princípios que o orientam em diversas searas.

A respeito do paradigma de socialidade, prestigiado no texto constitucional e confirmado no âmbito civil pelo diploma de 2002, sobre o qual Nelson Rosenvald promove uma feliz comparação do ideal de socialidade a uma orquestra na qual cada componente deve portar seu instrumento correspondente e dele servir-se para um determinado fim coletivo, de modo que todos sejam regidos por um maestro, este que também não poderá deixar que a sua vaidade (individualidade) se sobreponha aos membros da orquestra, tendo em vista que sua função é justamente a todos guiar em busca da harmonia desejada. E assim ele resume: "o Estado está a serviço da pessoa, ele existe para possibilitar as nossas relações, através da construção de princípios jurídicos éticos. Em contrapartida, cada um de nós deverá atuar em solidariedade e cooperação com os semelhantes"[205].

É justamente este o espírito que o paradigma da socialidade empresta ao novo direito civil, notadamente influenciado pelos ideais constitucionais capitaneados pelo princípio da dignidade humana. Convém recordar que o ser humano, por si só, não consegue alcançar os seus objetivos, mas somente em sociedade, em busca do bem comum no bojo das suas relações interpessoais[206].

Bem assim nos contratos, sobre o qual se costumava conceituar como um negócio substancialmente constituído pela vontade à que se adicionam efeitos jurídicos de ordem puramente patrimonial e de compulsório cumprimento também sofreu intensas modificações[207]. Ora, sabe-se que a concepção clássica do contrato, herdada ainda no século

---

[205] ROSENVALD, Nelson. **Direito das obrigações**. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p.20.

[206] CASSETTARI, Cristiano. A função social da obrigação: uma aproximação na perspectiva civil constitucional. In: CASTILHO, Ricardo; TARTUCE, Flavio (coords.). **Direito Civil**: direito patrimonial e direito existencial. Estudos em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. São Paulo: Método, 2006.

[207] Segundo Ricardo Luiz Lorenzenti acerca do conceito tradicional de contrato: "o acordo sobre uma declaração de vontades comum, destinada a regulamentar seus direitos. Os efeitos são consequências deste acordo. A primeira parte imutável, e a segunda reprogramada fixando prazos, concedendo esperas, como uma forma de fazer possível o cumprimento das obrigações" (LORENZETI, Ricardo

XIX, corresponde a um período de grandes codificações e rico em construções doutrinárias, vem sendo progressivamente superada nas últimas duas décadas pelos novos valores que ganham lugar no ordenamento.

Em 1994, em obra de notável excelência científica, Fernando Noronha já percebia certo descompasso entre a concepção clássica dos contratos e o paradigma individualista e voluntarista ensaiado naquele contexto. Segundo ele, "é essa concepção tradicional dos contratos que ainda hoje inspira os grandes compêndios universitários, tanto os nacionais como os estrangeiros, responsáveis pelo embasamento teórico da esmagadora maioria dos juízes, advogados e mais juristas do nosso tempo"[208].

É no espírito deste processo evolutivo de significativas transformações valorativas, principiológicas e até conceituais, que se percebe quando o direito civil finalmente vem desocupar a sua posição de centralidade no ordenamento jurídico em vista da elevação hierárquica da Constituição Federal.

Identifica-se, então, a grandiosa renovação do direito contratual a partir da perspectiva do Direito Civil-Constitucional.

Ou seja, o contrato, contemplado secularmente como a própria expressão da autonomia da vontade, sustentado sobretudo nos parâmetros do individualismo e voluntarismo voltados à consecução dos interesses patrimoniais das partes envolvidas, também se renova diante do fenômeno da constitucionalização do direito civil. Assim, vale o registro quanto à percepção da necessidade de implantação de um sistema jurídico equilibrado e coerente em relação aos mais novos valores de justiça e solidariedade, propostos pelo texto constitucional, dando início a uma nova era.

Nessa esteira, a concepção tradicional do contrato revela-se superada diante dos reflexos dos princípios constitucionais na elaboração de uma nova teoria contratual, desta vez condizente com a nova perspectiva civil-constitucional estampada no bojo do ordenamento brasileiro desde o advento da Constituição Federal de 1988. Nesse passo, impossível não apontar para a atuação dos princípios contratuais modernos na reafirmação da importância deste instrumento no contexto das negociações na contemporaneidade.

É incontestável a mudança que os ideais constitucionais promoveram e ainda promovem no âmbito do direito contratual. Há que se lembrar, entretanto, que não somente os contratos sofreram os efeitos do novo paradigma impresso pela Carta Magna. Ora, se na visão constitucional, os contratos já não mais se resumem a meros pactos de consentimento entre particulares, por sorte passam a figurar como instrumentos de realização da dignidade humana e da função social.

Luis. **Fundamentos do Direito Privado**. Trad. Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p.534).

[208] NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais:** autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994, p.41.

Nesse passo, se a produção e distribuição dos bens e serviços imprescindíveis às necessidades humanas e sociais são os objetivos de um paradigma constitucionalizado, é claro que estes somente se realizam através do contrato, posto que através dele viabiliza-se a atividade econômica necessária à sociedade em todos os seus aspectos. Assim, na mesma medida em que o contrato, em conjunto com os demais institutos que permeiam o direito civil, sofre tão importantes transformações, ele também garante a consolidação da ideologia constitucional então estabelecida, favorecendo o Estado do Bem Estar Social.

Neste raciocínio, impossível não imputar também aos contratos certa participação no contexto da constitucionalização do direito civil. Por isso, a despeito do grande impacto provocado por este fenômeno no âmbito do direito contratual, também merece registro o papel desenvolvido por este instituto no processo de harmonização social do ordenamento como um todo.

Por fim, é preciso estar atento, diante deste cenário, para que não haja confusão quanto à proteção do contrato como mero instrumento de circulação de riquezas e promoção da função social esperada, bem como quanto à proteção dos contratantes que dele se valem para realização de seus negócios, sem desprezo dos seus deveres impostos pelos princípios contratuais.

Em verdade, de nada adiantaria tamanha transformação neste sentido se o fundamento desta harmonia não fosse fixado essencialmente na proteção da dignidade da pessoa humana.

3.2 A NECESSIDADE DE PROTEÇÃO ÀS PARTES

Já está devidamente assentada a extensa influência que o contrato exerce nas mais variadas atividades praticadas nos dias atuais. Segundo Luiz Jorge Schommer Neto, "hoje pode-se dizer que nenhum cidadão consegue sobreviver no meio social sem praticar diariamente uma série de contratos"[209]. Desse modo, é impossível não conferir justa e especial importância a este instituto decisivo para a harmonia do ordenamento sem sublinhar algumas questões.

Ora, se a ordem econômica se realiza mediante a celebração de contratos, com base na ideia de que a atividade econômica materializa-se como um complexo de atos contratuais direcionados a fins de produção e distribuição de bens e serviços voltados ao atendimento das necessidades sociais, abandona-se o seu conceito como instrumento regulador das necessidades individuais e contempla-se um novo espírito constitucional ao

---

[209] SCHOMER NETO, Luiz Jorge. A função social dos contratos: uma visão civil-constitucional. In: **Revista da Universidade de Cuiabá.** n.1. Cuiabá: Edunic, 1999, p.69.

admitir o contrato como realizador da sua função social, restando os interesses particulares a ela condicionados. A propósito, Paulo Luiz Neto Lôbo considera que

> o que interessa não é mais a exigência cega de cumprimento do contrato, da forma como assim foi assinado ou celebrado, mas se sua execução não acarreta vantagem excessiva para uma das partes e desvantagem excessiva para outra, aferível objetivamente, segundo as regras da experiência ordinária. O princípio é espécie do macroprincípio da justiça contratual, que, por sua vez, abrange a boa-fé objetiva, a revisão contratual, o princípio *venire contra factum proprio*, o princípio da lesão nos contratos, a cláusula *rebus sic standibus*, a invalidade das cláusulas abusivas, a regra *interptetatio contra stipulatorem*"[210].

Em verdade, inúmeros foram os fatores jurídicos, políticos e, principalmente, sociais, que influenciaram o despertar do Estado e da sociedade para o real significado do princípio da função social dos contratos: o capitalismo industrial e empresarial, alçando o contrato à condição de criador de riquezas (e não mais mero circulador), fez com que ele passasse a ter uma função voltada aos interesses da sociedade. Foi somente após a Segunda Guerra Mundial, quando o capitalismo amadureceu e a revolução tecnológica lhe deu novo alento, que o contrato passou a exercer indiscutível e desenganadamente nova função, de grande significação para a sua evolução[211].

Nesse passo, o contrato passa a ser considerado como um dos institutos jurídicos mais importantes da contemporaneidade, senão o mais importante. Contudo, ele também se torna alvo de uma série de manobras ilícitas praticadas pelas partes, uma em completo desfavor da outra, em um contexto de negociação.

Assim, dentre os ideais de solidariedade e humanidade próprios da nova perspectiva constitucional e felizmente importados pela nova teoria contratual, eis que se destacam os mais novos princípios contratuais que visam ao alcance dos fins econômicos e sociais, evitando que práticas desleais e abusivas prejudiquem os interesses pretendidos. É nesse particular que se verifica justíssima preocupação não somente com a proteção aos institutos contratuais historicamente consagrados, mas em especial com os próprios contratantes que, por vezes, carecem de proteção específica ao se lançarem em determinada relação contratual[212].

---

[210] LÔBO, Paulo Luiz Neto. Constitucionalização do Direito Civil. In: FIÚZA, César; FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Direito Civil** – atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.108.

[211] GOMES, Orlando. **Contratos**. Atualizado por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.48.

[212] Teresa Negreiros infere, diante do exposto, que não mais importa ao direito civil, tampouco a seara dos contratos, qual a posição ocupada pelo destinatário das suas normas, haja vista que o direito caracteriza-se pela "absolutização do indivíduo como um 'eu' metafísico sem vínculos históricos, daí que, reduzidos ao 'ser', todos somos iguais". De fato, se considerada em si mesma e, em um segundo momento, correlacionada ao contexto da evolução dos contratos e à necessidade de superação de preconceitos já superados contemporaneamente, a lógica da autora guarda alguma coerência. E assim ela arremata: "é hoje plenamente aceito, no entanto, que a realidade das relações interprivadas não

Na realidade, como bem observa Paulo Luiz Neto Lôbo, o desafio que se coloca aos civilistas é a capacidade de ver as pessoas em toda sua dimensão ontológica e, por meio dela, seu patrimônio. Impõe-se a materialização dos sujeitos de direitos, que são mais que apenas titulares de bens. Segundo ele, "a restauração da primazia da pessoa humana, nas relações civis, é a condição primeira de adequação do direito à realidade e aos fundamentos constitucionais"[213].

Os atributos de singularidade, liberdade, inovação e transcendência dos seres humanos, na medida em que os coloca em uma posição privilegiada no ordenamento, sendo, por tal razão, merecedores de atenção específica nas diversas relações jurídicas por eles travadas[214].

Nesse passo, verifica-se, sobretudo, a necessidade de se garantir proteção não somente ao contrato como instrumento jurídico, mas também aos sujeitos desta relação, sem olvidar que é o comportamento das partes que irá determinar diretamente a formação, a (boa) execução e a conclusão do negócio jurídico. Acrescente-se, nesse diapasão, que será a perfeita sintonia entre estas fases e o comportamento das partes em uma dada relação que determinará a obediência aos ideais impostos pelos novos princípios contratuais, devidamente assentados nos valores de socialidade, justiça e eticidade.

Se já não é mais novidade a relevância do contrato como um dos institutos mais importantes do mundo jurídico, haja vista sua qualidade altamente difundida na sociedade contemporânea, convém destacar que praticamente todos os atos de natureza patrimonial são regulados pela atividade contratual. A par disso, mais do que seu caráter soberano como instrumento atuante e eficaz, aos contratos se vincula especial consideração quanto à sua atuação na vida cotidiana das pessoas e das empresas que, invariavelmente, dele dependem para alcançar os seus objetivos econômicos, políticos e sociais.

---

mais se concilia com perspectivas segundo as quais o direito civil, que as regula, teria como objeto discriminante a disciplina de um indivíduo assim abstrato, partícipe das relações jurídicas axiomaticamente fundadas sobre uma igualdade meramente formal. Especificamente no campo do direito contratual, a coerência interna da lógica individualista é incapaz de resistir ao confronto com a realidade e com os problemas postos pelas tão manifestas quanto profundas desigualdades sociais" (NEGREIROS, Teresa. **Teoria Geral do contrato**: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.5).

[213] LÔBO, Paulo Luiz Neto. Constitucionalização do Direito Civil. In: FIÚZA, César; FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Direito Civil** – atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.103.

[214] BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.172.

É nesse sentido que se revela salutar a especial preocupação em relação às partes envolvidas numa dada relação jurídica, que celebram o contrato na legítima intenção de negociar os seus interesses[215].

Nesse contexto, se é desejada a aproximação definitiva do direito civil ao contexto da normativa constitucional vigente, nota-se a necessidade de permanente remodelação deste ramo do direito a partir dos nobres valores despertados na base do princípio da dignidade humana. Em termos mais práticos, não basta que os efeitos da constitucionalização do direito civil incidam somente sobre o contrato institucionalmente considerado, mas que favoreça principalmente os interesses dos próprios contratantes que dele se valem. Nas palavras de Maria Celina Bodin de Moraes, citada por Teresa Negreiros, é possível refletir quanto à condição social do destinatário da norma civil:

> o abandono da perspectiva individualista, nos termos em que era garantida pelo Código Civil, e sua substituição pelo princípio da solidariedade social, previsto constitucionalmente, acarretou profunda transformação no âmago da própria lógica do direito civil – que se fez notar nas mais recônditas minudências do sistema. Com efeito, o legislador codicista estava voltado para garantir a igualdade de todos perante a lei – igualmente representativa, à época, de significativo avanço social -, posição que era, no entanto, incompatível com o reconhecimento de quaisquer aspectos particulares ou específicos, relativos aos destinatários das normas[216].

Não há como negar, diante do exposto, que o legislador constituinte assumiu uma posição de, com base nos princípios da dignidade humana e da solidariedade social, enfrentar

---

[215] Corrobora com este raciocínio Leonardo Mattieto, ao asseverar que "a perspectiva que privilegia as situações subjetivas existenciais do ser humano, preconizada pelo direito civil constitucional, revela-se, logo, ainda mais interessante, na medida em que, decorrendo de cláusula geral de tutela da personalidade humana, prevista na Constituição, coloca-se em nível superior no ordenamento, vocacionada a proteger a pessoa, qualquer que seja a sua participação em uma relação contratual" MATTIETO, Leonardo. O direito civil-constitucional e a nova teoria dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Problemas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000). Complementa o autor que, diante da Constituição Federal, o Código de Defesa do Consumidor figura-se como um símbolo desta nova teoria dos contratos: "o direito do consumidor, pensando como parte de ampla proteção que, a partir da Constituição, a ordem jurídica confere à pessoa, não pode ser entendido apenas como estrutura repressiva ou ressarcitória, mas como um instrumento funcionalizado à tutela da pessoa humana, a serviço do valor constitucionalmente definido de promoção da dignidade e do livre desenvolvimento da personalidade do ser humano" (Ibidem, p.182). A propósito, imperioso o esclarecimento de Paulo Nalin a esse respeito: "o novo *ethos* contratual, tão bem captado pelo Código de Defesa do Consumidor, também se apresenta ao Código Civil de 2002, pois, não obstante os princípios contratuais estampados na atual codificação civil serem a rigor os mesmos (igualdade, liberdade, boa-fé, não enriquecimento ilícito etc), o sentido material deles advém de uma orientação axiológica diversa, qual seja, da solidariedade constitucional (artigo 3º, inciso I), razão pela qual se pode sustentar a funcionalização social (note-se, não se tratar de funcionalização econômica) de todos os institutos do Direito Civil antes referidos" (NALIN, Paulo. Autonomia privada na legalidade constitucional. In: NALIN, Paulo (org.). **Autonomia privada na legalidade constitucional**. Contrato e sociedade. Volume III. Curitiba: Juruá Editora, 2006, p.19).

[216] NEGREIROS, Teresa. **Teoria Geral do contrato**: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.19.

as desigualdades concretas do contexto da sociedade brasileira contemporânea, ao propugnar, como objetivo fundamental da República a erradicação da pobreza e da marginalização social.

De fato, o papel desta nova ordem constitucional, presente na transformação do direito civil, implica sobremaneira na importância da relativização da autonomia da vontade individual. Assim, o que antigamente era visto como uma regra absoluta face à intangibilidade que guardava o Código Civil, atualmente a autonomia da vontade encontra limite diante da incidência dos direitos e garantias fundamentais assegurados pela Constituição Federal.

Não significa, entretanto, que os contratos celebrados não precisam ser respeitados, tal como o princípio da força obrigatória dos contratos e da relatividade dos seus efeitos tradicionalmente impôs, ou que fica extinta a autonomia da vontade. Muito pelo contrário.

Em verdade, a autonomia da vontade e a liberdade contratual ficam compelidas a atuar sob novas circunstâncias, de acordo com os valores identificados na perspectiva da nova ordem constitucional, na qual se assenta o princípio da dignidade humana. No que se refere à fase de relativização da autonomia da vontade, verifica-se certa coerência desta técnica legislativa, em uma simples equação: onde mais se notar a necessidade de haver justiça numa determinada categoria de relações contratuais, o legislador intervém mais incisivamente. As providências consistem em limitar a liberdade contratual, fixar padrões interpretativos que favoráveis à parte mais fraca economicamente, dentre outras imposições. É justamente o que afirma Eugênio Facchini Neto: "assim, no sistema econômico do capitalismo mais maduro, a plenitude da liberdade contratual funciona apenas numa área bastante reduzida, no vértice, onde se encontram pessoas e grupos dotados de grande poder econômico"[217].

De fato, o poderio econômico de alguns, aliado à ampla liberdade contratual, favoreceu a ocorrência de situações desconfortáveis e visivelmente desconexas com a noção de preservação da dignidade humana ou sequer o da garantia de igualdade material dos contratantes. As providências estatais surgiram no intuito de proteger o cidadão contra ações abusivas e ilegais do Estado e do próprio particular com quem ele negocia, e isto ocorreu porque proteger o cidadão contra a ação lesiva do Estado foi um primeiro passo, mas não foi suficiente para pacificar a sociedade e satisfazer o ser humano. Constatou-se que "em muitas ocasiões era necessário proteger o cidadão contra o próprio cidadão"[218].

Na reação contra este caráter absoluto da autonomia da vontade, surge a ideia de maior intervenção estatal nas relações entre os particulares. Nessa esteira, destacou-se o fenômeno do dirigismo contratual, traduzido na tentativa de resguardar determinados direitos

---

[217] FACCHINNI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: livraria do advogado, 2003, p.28.

[218] COELHO, Luiz Eduardo de Toledo. Os direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana às relações privadas. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Ano 17. n. 67. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p.226.

vulneráveis – portanto, passíveis de serem violados – na celebração de um contrato. Tal preocupação se dava em virtude da ampla liberdade da qual dispunham as partes contratantes, o que corriqueiramente descambava no desvirtuamento da noção de igualdade pregada pelo direito contratual, que tem no equilíbrio do negócio a sua essência.

No magistério de Miguel de Maria Serpa Lopes, Louis Josserand assinala o dirigismo contratual sob dois aspectos: o dirigismo compreensivo, "quando se proíbe a inserção de certa cláusula nos contratos", e dirigismo expansivo, "quando se impõem ao contratante obrigações por ele não criadas"[219].

Com efeito, objetivando combater eventuais abusos, intervém o Estado no escopo de proteger a parte economicamente mais fraca, atuando como um contrapeso para garantir equilíbrio suficiente entre os pólos da relação.

Esclarecem, nessa linha, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, que, ao longo do século XX, levando-se em conta o incremento tecnológico e a eclosão de guerras e revoluções mundo afora, o individualismo liberal é impulsionado a ceder lugar para o intervencionismo estatal. A consequência inevitável, portanto, reside na constante interferência do Estado na atividade econômica, criando um sistema de defesas e garantias com vistas a impedir o desequilíbrio e, até mesmo, injustiça, entre as partes envolvidas[220].

Percebe-se, então, o advento de uma legislação dirigida a disciplinar a forma de elaboração dos contratos e determinar a aplicação de cláusulas obrigatórias que visam a resguardar direitos dos particulares mais fracos nas relações contratuais. A propósito, segundo Antonio Hamilton de Castro Andrade Neto, uma das mais importante é a da imprevisão,

> sustentando o direito da parte contratante excessivamente onerada na sua prestação, em razão de mudanças na realidade econômica imprevisíveis ao tempo da celebração do contrato, de pedir judicialmente a sua resolução, ou a mudança equitativa das condições de execução, tais como a prorrogação dos termos, redução de importâncias e reajustamentos[221].

É verdade que, diante dessa proposta de equilíbrio promovida pelo Estado, na louvável intenção de compensar a desigualdade econômica entre as partes através da concessão de privilégios jurídicos, verificou-se inegável relativização da figura do contrato. Este, secularmente sustentado na ideia voluntarista e eminentemente liberal, finalmente fica condicionado à limitação da liberdade de contratuar, bem como à imposição de uma série de mecanismos voltados a evitar grandes descompassos no instante da execução do negócio.

---

[219] LOPES, Miguel Maria Serpa. **Curso de Direito Civil – fontes de obrigações**: contratos. 4. ed. Revisada e atualizada por José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Bastos, 1991, p.16.

[220] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**: contratos – teoria geral. São Paulo: Saraiva, 2005.

[221] ANDRADE NETO, Antonio Hamilton de Castro. Algumas considerações sobre a evolução do contrato e de sua função social. In: ARRUDA ALVIM, Angélica; CAMBLER, Everaldo Augusto (coords.). **Atualidades de Direito Civil**. v. 1. Curitiba: Juruá, 2006, p.29-30.

De fato, não foram poucas as transformações no direito contratual, principalmente se for considerado que desde as grandes codificações do século XIX, o contrato era a mais pura expressão da autonomia da vontade, chegando ao ponto de reconhecer às partes plena liberdade de estipularem a sua avença que bem lhes conviesse. Assim, na medida em que favorecia a expansão agressiva do capitalismo, também fazia dos mais fortes verdadeiros opressores. Por via de conseqüência, "a diminuição da intensidade da autonomia privada, diante do dirigismo estatal e da prática cada vez mais frequente dos contratos de adesão, operou o enfraquecimento da ideologia do contrato como fruto da liberdade individual"[222].

Nesse contexto, não custa repetir, embora já se tivesse confirmado o declínio e até mesmo morte do contrato, na realidade, a sua transformação serviu para atender a novas realidades e desafios vividos pela sociedade.

Justificava-se a comentada estratégia estatal diante da possibilidade de se promover condições de igualdade material aos contratantes que se encontravam em posição desigual social e economicamente em relação à parte contraposta, principalmente quando nos casos de contratos de consumo e contratos de trabalho[223].

Há que se considerar que, naquele contexto, ganhava corpo uma interessante discussão acerca da existência de uma suposta crise nos contratos ganhava corpo. A ideia do contrato umbilicalmente ligado à tese voluntarista que, por um longo período, prevaleceu confirmada no seio da autonomia da vontade, à medida que é relativizada diante de uma série de renovações testemunhadas pelo ordenamento jurídico, comentou-se que o instituto dos contratos também estaria sofrendo severas consequências. Orlando Gomes elenca os "processos técnicos para coibir abusos" a conversão de leis supletivas em leis imperativas, o controle da atividade de certas empresas e a discussão corporativa. Sobre esta primeira, que ´o que nos interessa, ele explica que

> o processo de conversão de leis supletivas em leis imperativas ensejou a elaboração de novo princípio do direito contratual, o da regulamentação legal do conteúdo dos contratos, hoje admitido, sem maior relutância, em relação a certas espécies contratuais. Consiste em regular o conteúdo do contrato por disposições legais imperativas, de modo que as partes, obrigadas a aceitar o que está predisposto em lei, não possam suscitar efeitos

---

[222] MATTIETO, Leonardo. O direito civil-constitucional e a nova teoria dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Problemas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.175.

[223] No ordenamento brasileiro, uma dos primeiros registros de intervenção do Estado nas relações entre particulares ocorre com a publicação e vigência da Consolidação das Leis Trabalhistas, a partir da qual as relações de trabalho passaram a ser reguladas pelos contratos de trabalho com observância das matérias de ordem pública, que visavam a proteção dos trabalhadores e os colocou em posição de equilíbrio com o empregador. Em momento posterior, ganha destaque a publicação do Código de Defesa do Consumidor – Lei 8.078/90 – a partir da qual os consumidores finalmente passam a ser considerados como hipossuficientes em relação aos grandes produtores e vendedores de bens de consumo e/ou prestadores de serviço. Com base nessa linha de preservação de direitos, andou bem o legislador do Código Civil ao elevar os princípios da função social dos contratos e da boa-fé objetiva, coerentes com o novo paradigma constitucional de solidariedade, igualdade e justiça.

> jurídicos diversos. Em consequência, a vontade deixa de ser autônoma e a liberdade de contratar retrai-se. Não mais regras supletivas, que as partes observam se coincidem com seus interesses, mas normas imperativas, a cuja obediência não podem furtar-se. Contratos padronizados. Fala-se, então, em dirigismo contratual[224].

Propõe este debate Fernando Noronha, ainda nas primeiras linhas da sua obra, ao comentar que o Código de Defesa do Consumidor, marcado pela inovação implantada sobre diversas matérias, recolocou em xeque o debate, especificamente em tema de contratos, "uma questão que desde há vários decênios tem sido objeto de preocupação de juristas nacionais e estrangeiros: estará o contrato em crise, ou estará mesmo morrendo, como chegou a afirmar provocativamente, ilustre autor norte-americano?"[225]/[226].

Em termos práticos, é como se, ausente o elemento substancial do contrato – qual seja, a autonomia da vontade – somado ao menoscabo da força obrigatória que o vincula em face da crescente intervenção estatal nesta seara, estaria fatalmente comprometida não somente a estrutura do contrato, mas também a sua formação, seus efeitos e princípios próprios.

A propósito, ao situar o conceito contemporâneo de contrato em ambiente visivelmente diverso do abrigo da teoria tradicional contratual, outras reflexões se impõem diante da novidade proposta pelo Direito Civil-Constitucional. Conforme suscitado por Roxana Cardoso Brasileiro Borges, a partir do instante em que o conceito de contrato é modificado em sua essência, evoluindo diante da superação do valor individualista de outros tempos, o seu conceito moderno também ganha especial atenção na medida em que aponta para a existência de uma variedade de destinatários, com perfis variados. Com efeito, tal constatação, balizada na "variedade de personagens contratantes, assim como a variedade de microssistemas jurídicos obrigacionais que tais personagens demandam"[227], é levantada pela autora, que chega a se questionar, com base na crítica ao negócio jurídico, se, de fato, existe um contrato[228].

Muito embora revele não ter se convencido da necessidade de abandono da teoria geral dos contratos, ressalte-se a insatisfação de Francesco Galgano, citado por Roxana Cardoso Brasileiro Borges, que assim denuncia:

---

[224] GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
[225] NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais:** autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994, p.1.

[226] Referência a Grant Gilmore, que publicou obra intitulada *The death of the contract* ("A morte do contrato").
[227] BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Reconstrução do direito privado: do clássico ao atual. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (coords.). **Direito Contratual**: temas atuais. São Paulo: Método, 2007, p.25.

[228] "Existe um único contrato (modelo contratual, conceito de contrato)? Se não existir um único conceito ou modelo ou padrão contratual, qual a utilidade e validade de uma única teoria geral? Diante destas questões, chegou-se a anunciar a crise do negócio jurídico e o fim da teoria geral dos contratos" (Ibidem).

> o negócio jurídico não é mais um instrumento de real mediação de interesses, constituindo, atualmente, 'uma categoria enganosa, que impede a compreensão do significado efetivo do mecanismo contratual, retira a relação contratual da conotação social das partes, mascara a contradição interna à disciplina dos contratos e oculta a real natureza dos interesses em jogo', e considera que o negócio jurídico, por isso, é uma categoria em declínio, destinada ao ocaso[229].

Nessa linha, também merece destaque a reflexão, impulsionada pela ideia de uma suposta crise de paradigma, e refletida por Teresa Negreiros, que questiona o sentido e o alcance das inovações do direito contratual contemporâneo. Nesse contexto, a autora cita Eros Roberto Grau como legítimo defensor da tese de que "o contrato será o que sempre foi" [230], na medida em que ele não acredita ter havido tão profunda renovação de sua estrutura nem do seu conceito mesmo diante da forte influência dos valores constitucionais e do advento de novos princípios contratuais"[231]. Assim, os rumores de que é notável o surgimento de um novo modelo de contrato, contrapondo-se àquele modelo voluntarista clássico, não passariam de mero modismo.

Não é só isso. Teresa Negreiros também destaca a opinião de Humberto Theodoro Junior, que segue a mesma linha de Eros Roberto Grau, apontando, porém, para a necessidade de não romper com a teoria clássica, mas sim de harmonizar os novos princípios contratuais – sem esquecer daqueles consagrados no Código de Defesa do Consumidor – aos princípios inerentes ao modelo de contrato tradicional.

Referindo-se ao assunto e abandonando qualquer discussão sobre tratar-se ou não de modismo ou não refletir diante da nova teoria contratual como consequência direta do fenômeno da constitucionalização do Direito Civil, que tem a proteção da dignidade humana em sua essência e, por isso, reflete na absorção dos mais novos princípios contratuais, Teresa Negreiros também se posiciona:

> o embate entre os que pensam estar o modelo clássico de contrato superado em seus elementos essenciais e os que pensam estar o modelo clássico de contrato superado em seus elementos essenciais e os que, ao contrário, dão as mudanças ocorridas um sentido de continuidade não é solucionável à luz dos fatos de uma suposta 'verdade' que os mesmos seriam capazes de revelar[232].

---

[229] Ibidem, p.25-26.

[230] GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 12. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008, p.282.

[231] Nas palavras do jurista, citado por Teresa Negreiros, "tais transformações seriam parte de um processo de ajuste e acomodação inerente à evolução histórica de todo e qualquer instituto jurídico". Acrescenta ainda que "as inovações trazidas pelo surgimento de novos ramos do Direito, como o direito ambiental e o direito do consumidor, e pelo conseqüente surgimento de novos princípios, visam a preservar o próprio sistema jurídico vigente, não havendo, na realidade, qualquer ponto de ruptura da teoria clássica do contrato" (NEGREIROS, Teresa. **Teoria Geral do contrato**: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.282).

[232] Ibidem, p.185-186.

É de se admitir que este processo de transição de conceitos foi marcado pela alternância entre a tendência individualista, predominante em outros tempos, e as tendências socializantes, por influência da conjuntura atual. Mais que isso. Caracteriza-se, sobretudo, ora pela predominância de uma liberdade clássica, ora se buscando, através de imposição de normas cogentes, um controle sobre o conteúdo e os efeitos do contrato em vista de uma sociedade mais justa e solidária.

De fato, como aqui já se comentou, não há como negar que a figura do contrato encontrou-se relativizada, porém somente na medida de sua acepção tradicional que sofreu mitigações ao longo deste processo de transformação. Por outro lado, ganha força este mesmo instituto na medida em que se encaixa perfeitamente nas pretensões da nova perspectiva constitucional, amparada no valor supremo da dignidade da pessoa humana.

Inexiste crise. Muito pelo contrário. A verdade é que o contrato assume uma função muito mais nobre do que aquela contemplada no passado, posto que agora ele exerce uma função social. Através desta, o contrato tem sua importância renovada cotidianamente, sem perder a sua capacidade de conciliar os clássicos princípios contratuais com os modernos, responsáveis pela efetiva adequação do direito contratual aos novos valores civis-constitucionais.

Oportuno, neste instante da pesquisa, o destaque de Mariana Ribeiro Santiago que, ao sustentar a inexistência de crise nos contratos, concorda que o contrato muda de feição e atende aos interesses jurídicos dos contratantes de acordo com a conjuntura, se remoldurando e se readaptando continuamente, permanecendo como instrumento essencial de organização. Na sua reflexão, referenciando Giselda Hironaka, admite o seguinte em relação ao contrato como instituto sócio-jurídico:

> ora mais publicizado, ora mais socializado, ora mais poroso à intervenção estatal, ora mais funcionalizado, não importa, todas essas faces são faces do contrato, que transmuda e evolui, como acontece com a própria pessoa humana e as relações com os demais. Ainda segundo opinião da mesma autora, esse movimento de evolução é absolutamente saudável, rejuvenescedor e revigorante para as instituições privadas, que se renovam com seu próprio uso[233].

Em verdade, não se pode negar que conciliar interesses contrapostos em face da crescente intervenção do Estado nas relações contratuais revela-se uma tarefa inegavelmente tormentosa. É o que Maria Vital da Rocha explica ao afirmar que "as tendências atuais da teoria contratual têm como causa política o primado do social sobre o individual do qual decorre a socialização e a publicização do direito dos contratos"[234].

---

[233] SANTIAGO, Mariana Ribeiro. **O princípio da função social do contrato**. Curitiba: Juruá, 2005, p.65.

[234] ROCHA, Maria Vital da. Considerações sobre o alcance da expressão da autonomia da vontade na atualidade. In: PINTO, Agerson Tabosa (org.). **A autonomia da vontade e as condições gerais do contrato:** de Roma ao Direito Atual. Fortaleza: Unifor, 2003, p.573.

Esta suposta crise na liberdade de contratar, manifestada no escopo do Estado em fazer substituir a desigualdade econômica pela igualdade jurídica, "não representa a decadência do instituto, mas revela a sua capacidade de adaptação e profetiza a longa vida que desfrutará"[235].

Compreende-se que a teoria geral dos contratos mostra-se constantemente renovada. A esse respeito, sugere-se que os princípios contratuais sociais indiquem a solução. A propósito, como já disse Paulo Nalin, "o desafio está em ser geral sem ser abstrato"[236].

A importância desta digressão reside na constatação de que a ocorrência do dirigismo contratual representa um dos fatores mais decisivos na consolidação do paradigma atual, amparado nas rédeas da solidariedade, justiça contratual e eticidade. Constata-se, nesse sentido, que também nasce daí a necessidade de se conferir maior proteção às relações contratuais em geral, de tal modo que este revestimento de segurança também alcance os contratantes, na medida da sua necessidade[237].

3.3 OS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS

O manejo seguro dos instrumentos contratuais é o caminho mais curto para a solução dos problemas jurídicos. É o que bem pondera Eugênio Kruschewsky[238]. Em vista disso, não seria exagero acrescentar que a devida observância dos princípios contratuais é o melhor caminho para se evitar impasses que por ventura comprometam a perfeita celebração, execução ou conclusão do negócio celebrado.

Sabe-se que a tarefa de examinar a importância e a atuação dos princípios gerais e específicos nas relações contratuais implica, preliminarmente, na apreensão conceitual dos princípios e das respectivas funções por ele exercidas em prol da harmonia do ordenamento jurídico.

---

[235] KRUSCHEWSKY, Eugênio. **Teoria Geral dos Contratos Civis**. Salvador: JusPodivm, 2006, p.11.

[236] NALIN, Paulo. Autonomia privada na legalidade constitucional. In: NALIN, Paulo (org.). **Autonomia privada na legalidade constitucional**. Contrato e sociedade. Volume III. Curitiba: Juruá Editora, 2006, p.22.

[237] A par disso, comenta Teresa Negreiros, acerca da tese do paradigma da essencialidade aplicável aos contratos conforme o critério de utilidade do bem: "a teoria contratual deve estar voltada, pois, à proteção da pessoa, impondo-se, de acordo com o paradigma da essencialidade, a diferenciação dos contratos conforme a sua específica importância como instrumento de satisfação das necessidades fundamentais do homem de carne e osso" (NEGREIROS, Teresa. **Teoria Geral do contrato**: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.495).

[238] KRUSCHEWSKY, Eugênio. **Teoria Geral dos Contratos Civis**. Salvador: JusPodivm, 2006.

Primeiramente, cumpre salientar que, embora a doutrina apresente diferentes definições do termo "princípio", para efeito da presente pesquisa, adota-se o entendimento de Eros Roberto Grau[239], que o define como uma produção jurídica descritiva, por meio do qual são declarados conteúdo e valores do direito positivo, dando unidade a um sistema jurídico. Assim, seria possível visualizar os princípios com um grau menor de generalidade, indeterminação e abstração, restando este inserido numa posição intermediária entre os valores (visivelmente mais abstratos) e as normas (mais próximas de algo concreto).

Os princípios contratuais ocupam lugar de destaque em toda e qualquer espécie de contrato. Eles compõem a teoria geral contratual e atuam direta ou indiretamente como guias que orientam os aplicadores do direito, de acordo com as circunstâncias apresentadas.

Faz-se mister a ressalva de que aqueles princípios que outrora se revelavam basilares nas relações contratuais clássicas já não se mostram tão absolutos como outrora. Em verdade, o Código Civil de 1916, que se baseava na ideia de que o indivíduo era o único destinatário das benesses dos seus próprios negócios, permanecendo os interesses sociais completamente à margem de qualquer interação, recentemente fora relativizada em face da constitucionalização do direito civil.

Assim, ao comparar a incidência dos princípios contratuais em vista da concepção tradicional dos contratos em relação à incidência dos novos postulados, percebe-se que todas as modificações econômicas, sociais e políticas deflagradas no século XX contribuíram decisivamente na realização dos direitos e garantias fundamentais declarados pelo Estado Social[240]. Não por menos, neste contexto em que também se notou o crescimento da preocupação com a dignidade humana, também se percebe a constante evolução do contrato como instituto jurídico essencial à promoção dos interesses coletivos e sociais.

A propósito, Rodolfo Pamplona Filho, consciente de que não houve negação aos princípios contratuais clássicos principalmente por que a segurança nas relações jurídicas exige a permanência destes, assim descreve o cenário inaugurado pelos novos princípios contratuais ante a visão moderna do contrato:

> o contrato não pode mais ser encarado da mesma forma que o era quando da plenitude do liberalismo, mas sim sob o enfoque de uma solidariedade social que prestigie a efetiva manifestação de vontade, com prestígio à boa-fé e à equivalência material das partes, realizando o macroprincípio constitucional da dignidade da pessoa humana, pois o contrato é instrumento a serviço da sociedade, e não é a sociedade que deve se submeter, de forma absoluta e axiologicamente deplorável, aos abusos de que se valem do contrato para impor o seu poder. Essa deve ser a visão moderna do contrato[241].

---

[239] GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 12. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

[240] SANTIAGO, Mariana Ribeiro. **O princípio da função social do contrato**. Curitiba: Juruá, 2005.

[241] PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Esboçando uma teoria geral dos contratos**. Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br/artigos/artigos_498.html> Acesso em 17 jan 2011.

De fato, repita-se, não desaparecem os princípios que compunham a teoria tradicional dos contratos. Eles ficam apenas relativizados diante da necessidade de efetiva concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, de modo que, no seu conteúdo, também estão contidos os novos princípios contratuais. Ou seja, continuam valendo os princípios da autonomia da vontade e da força obrigatória dos contratos, desde que não venham de encontro ao que informam os princípios da função social dos contratos e da boa-fé objetiva, entre outras limitações impostas pelo próprio ordenamento jurídico.

A seguir, serão contemplados os princípios mais importantes no contexto da nova teoria contratual, valendo a ressalva de que para se alcançar suficiente compreensão acerca do contrato "de hoje" e "de ontem", a análise dos princípios que o informam é de especial importância. Nesta fase da pesquisa, a análise dos princípios contratuais parte da subdivisão entre princípios liberais e princípios sociais, conforme se tem visto na doutrina específica.

Quanto aos primeiros, serão dignos de atenção os princípios da autonomia da vontade, da autonomia privada e da força obrigatória dos contratos. Os princípios sociais, que despontam como a grande demonstração da renovação do direito contratual correspondem aos princípios da função social dos contratos, equivalência material e da boa-fé objetiva.

A despeito de quaisquer considerações contrárias, será demonstrado que os princípios que se faziam absolutos no passado, de fato, ganham outros contornos quando devidamente inseridos no âmbito da nova teoria dos contratos.

3.3.1 Princípios liberais

Alguns princípios contratuais, embora subtraída a importância que possuíam em outros tempos, continuam sendo fundamentais para manutenção do equilíbrio e da justiça no contrato, consideradas todas as suas fases. Em verdade, foram os princípios liberais que mais sofreram transformações ao longo da trajetória de renovação do direito contratual, haja vista que, no passado, o ideal voluntarista prevalecia em detrimento de quaisquer outras circunstâncias.

Em primeira análise, vale o destaque acerca do princípio do consensualismo, segundo o qual o contrato se perfaz como o mero consentimento das partes, restando desnecessária a adoção de formalidade específica para sua validade, com a ressalva de algumas hipóteses excepcionais[242]. Em segunda ordem, o *pacta sunt servanda*, que ocupava

---

[242] Ainda em 1994, Fernando Noronha já ponderava este assunto: "atualmente, porém, não há como negar que se assiste a um verdadeiro 'renascimento' de formalismo, às vezes devido à imposições legais (e geralmente ligadas à necessidade de proteção das partes mais fracas, em contratos de adesão, ou a necessidades da chamada 'ordem pública econômica'), mas sobretudo imposto no tráfico jurídico por exigências ligadas à segurança das transações e à padronização dos contratos. As exigências

lugar de destaque na vigência do Código Civil anterior, segundo o qual os contratos são celebrados para serem cumpridos nos exatos termos fixados, não podendo ser modificado o seu conteúdo, intocável, intangível, por que se presumia corresponder à efetiva vontade dos contratantes quando da sua celebração[243].

Nota-se, nessa linha, que os princípios liberais sobrevieram, historicamente, em decorrência da adoção, pela teoria dos contratos, dos pressupostos da igualdade formal e da liberdade de contratar. De fato, o contrato era mais um dos institutos mais importantes do direito civil, considerados intangíveis a ponto de a vontade pactuada entre as partes não mais admitir qualquer alteração unilateral dos seus termos.

Estreitamente ligado ao princípio da intangibilidade, encontra-se o princípio da obrigatoriedade ou da força obrigatória dos contratos (o conhecido *pacta sunt servanda*). Entendia-se, por este princípio, que o acordo de vontades tinha força vinculante jurídica entre as partes, tanto que, deste vínculo, em geral, somente era possível liberar-se pelo pagamento da prestação ou pelo distrato[244].

É fato que estes postulados não vigoram atualmente com o perfil originariamente concebido, mas com fortes atenuações e ressalvas. A propósito, Miguel Reale também reconhece que a ideia romanista tradicional do *pacta sunt servanda* permanece como fundamento primeiro das obrigações contratuais. Para ele,

> essa colocação das avenças em um plano transindividual tem levado alguns intérpretes a temer que, com isso, haja uma diminuição de garantia para os que firmam contratos baseados na convicção de que os direitos e deveres neles ajustados serão respeitados por ambas as partes. [...]. Esse receio, todavia, não tem cabimento, pois a nova lei civil não conflita com o princípio de que o pactuado deve ser adimplido[245].

A rigor, não custa frisar, os princípios liberais que compunham a teoria contratual clássica ainda têm o seu lugar em sua versão moderna, contudo, não com a mesma força de outrora, já que estão condicionados ao atendimento dos interesses sociais e coletivos.

---

práticas não afetam, é claro, o alcance do princípio legal, que continua sendo o do consensualismo, mas fazem com que este, no tráfico jurídico, esteja deixando de ser a regra. Na prática, só encontramos contratos consensuais nas transações de menor importância e, ainda assim, apenas naquelas que sejam cumpridas no mesmo instante em se celebrem" (NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais:** autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994, p.118-119).

[243] LOPES, Miguel Maria Serpa. **Curso de Direito Civil – fontes de obrigações**: contratos. 4. ed. Revisada e atualizada por José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Bastos, 1991., p.24.

[244] BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Reconstrução do direito privado: do clássico ao atual. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (coords.). **Direito Contratual**: temas atuais. São Paulo: Método, 2007, p.23.

[245] REALE, Miguel.**Função Social do contrato**. Disponível em: <www.miguelreale.com.br/artigos/funscont.htm> Acesso em: 13 ago 2010.

3.3.1.1 Autonomia da vontade

As pessoas têm o poder de estipular livremente sobre os seus interesses da forma como melhor lhes convier, mediante acordo de vontades firmado através do instrumento contratual. Esta premissa tem base na noção de liberdade intimamente ligada ao conceito de autonomia que, segundo Luiz Jorge Schommer Neto, "é o campo da liberdade, por que o ser humano pode exercer suas escolhas e estabelecer regras para si mesmo"[246].

A autonomia da vontade é expressão inspirada na filosofia de Kant, para quem a dignidade da pessoa não se compadece com a submissão a leis outras que não aquelas que lhe interessam. Em resumo, era como se a vontade dos interessados não só firmasse livremente um determinado contrato, mas também assim determinaria o seu conteúdo.

Não. Não é exagero.

É a fase do voluntarismo jurídico, que situou o homem no centro do ordenamento e equiparou a autonomia à mais perfeita fonte de poder[247]. Em linhas gerais, identifica-se o princípio da autonomia da vontade na liberdade que partes contratantes têm em estipular, conforme a sua vontade, o conteúdo do pacto contratual, criando para si direitos e obrigações segundo seu próprio interesse.

Os autores tendentes à manutenção da teoria voluntarística tradicional definiam a autonomia da vontade como o poder das partes de determinar livremente tudo no negócio jurídico, assim os assumindo como leis[248]. Não por menos, Ricardo Luis Lorenzeti expõe a preocupação da doutrina com o *status* jurídico da autonomia da vontade:

> nos fundamentos filosóficos assinalaram-se as seguintes formas de ver o problema: a) a soberania da vontade é um princípio de direito natural, anterior inclusive à organização do Estado. Esta pré-estatização não impede um controle mínimo, mas reconhece-se que tudo está deixado à auto-

---

[246] SCHOMER NETO, Luiz Jorge. A função social dos contratos: uma visão civil-constitucional. In: **Revista da Universidade de Cuiabá**. n.1. Cuiabá: Edunic, 1999, p.70.

[247] GAMA, Guilherme Nogueira da; PEREIRA, Paulo Queiroz. Função Social do Contrato. In: GAMA, Guilherme Nogueira da. (coord.). **Direito Civil:** Aspectos sociais I. São Paulo: Atlas, 2007.

[248] Registre-se o apontamento de Fernando Noronha nesse particular: "típica desta noção é a noção dada pelo mais célebre civilista belga, Henry de Page: 'por autonomia da vontade deve-se entender, na nossa opinião, o poder que têm as vontades particulares de regularem elas próprias todas as condições e modalidades de seus ajustes, de decidirem sozinhas e sem tutela legal, da matéria e da extensão de suas convenções, numa palavra, de darem aos seus contratos o conteúdo, o objeto que entenderem conveniente e que lhes é permitido escolherem com toda liberdade, inspirando-se nos seus únicos interesses, e sob a única garantia de seus consentimentos recíprocos validamente trocados" (NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais:** autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994, p.114).

> responsabilidade; b) não há uma soberania pré-estatal, mas uma delegação do Estado à autonomia privada e, em consequência, pode ser controlada em seus excessos. O controle é apenas formal; c) não há um fundamento na vontade, mas no intercâmbio, nas expectativas criadas, e na confiança depositada. Isto implica examinar a causa, a correspondência entre as prestações; d) o contrato é um instrumento para a ordem social e econômica. Aqui é irrelevante o estudo da eficiência desta ferramenta para cumprir os objetivos, sobretudo de uma visão utilitarista[249].

Não foi por menos que esse absolutismo do princípio da autonomia da vontade e da doutrina econômica liberal foi alvo de severas críticas por parte da doutrina e da jurisprudência durante o século XX. Tanto é que, mais adiante, os seus fundamentos de liberdade desmedida e igualdade formal entre os contraentes sofreram severas alterações.

A despeito disso, visualiza-se o princípio da autonomia da vontade sob dois aspectos: liberdade de contratar e liberdade contratual. Ensina Fernando Noronha que o primeiro refere-se à possibilidade de o próprio indivíduo escolher entre contratar ou simplesmente não contratar, de acordo com sua conveniência e necessidade, ao tempo em que o segundo reveste-se da possibilidade do indivíduo, uma vez decidido pela celebração, interferir no conteúdo desta avença, participando da elaboração das cláusulas que deverão compor o instrumento contratual[250].

Cabe aos juristas, portanto, a tarefa de remodelar e restabelecer os novos conteúdos para os clássicos princípios do sistema, "em destaque o da autonomia privada e, para os contratos, o da liberdade contratual"[251].

Convencido de sua definição como "um espaço de liberdade jurígena atribuído pelo Direito, às pessoas, podendo definir-se como uma permissão genérica de produção de efeitos jurídicos"[252], Antonio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro identifica duas situações permissivas distintas: liberdade de celebração e liberdade de estipulação. Aproximam-se da classificação básica da liberdade de contratar e a liberdade de não contratar, e, com efeito, a liberdade de celebração autoriza o sujeito a "praticar ou não praticar o acto e, portanto, optar pela presença ou pela ausência de determinados efeitos do direito, a ele associados", ao passo que a liberdade de estipulação confere maior participação do sujeito na medida em que ela

---

[249] LORENZETI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito Privado**. Trad. Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p.543.

[250] NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais:** autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994, p.116-117.

[251] NALIN, Paulo. Autonomia privada na legalidade constitucional. In: NALIN, Paulo (org.). **Autonomia privada na legalidade constitucional**. Contrato e sociedade. Volume III. Curitiba: Juruá Editora, 2006, p.20.

[252] MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **Tratado de Direito Civil Português**: parte geral. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p.218.

"permite optar pela prática do acto e, ainda, selecionar, para além da sua presença, o tipo de efeitos que irão produzir"[253].

Oportuna é a ressalva de Orlando Gomes sobre esta afirmação, que é repetida por muitos, no sentido de que a liberdade de contratar jamais foi ilimitada, tendo em vista que duas limitações de caráter geral sempre estiveram previstas, no caso, a ordem pública e os bons costumes. Segundo o autor, não resta dúvida de que as pessoas eram livres para auto-regular seus interesses como bem lhe conviesse, contanto que não transpusesse tais limites. O mesmo autor, entretanto, também adverte:

> mas essas limitações gerais à liberdade de contratar, insertas nos códigos como exceções ao princípio da autonomia da vontade, jamais puderam ser definidos com rigorosa precisão. A dificuldade, senão a impossibilidade, de conceituá-las, permite sua ampliação ou restrição conforme o pensamento dominante em cada época e em cada país, formado por ideias morais, políticas, filosóficas e religiosas. Condicionam-se, em síntese, à organização política e infra-estrutura ideológica[254].

De fato, tradicionalmente, estas sempre foram as limitações formais do princípio da autonomia da vontade e da liberdade conferida aos indivíduos em escolher se e como contratar. Com muita clareza, o insigne jurista baiano consegue demonstrar que a liberdade de contratar não foi alargada pela vontade do legislador. Na realidade, o próprio ordenamento, que nunca teve bem definidos os conceitos dos limites que deveriam confinar a autonomia da vontade e, por esta razão, fez transparecer ilimitada a liberdade de contratar[255].

Noutro aspecto, é sabido que, historicamente, este ideal de direito sempre esteve calcado na noção de autonomia da vontade das partes, que se obrigavam ao adimplemento total da avença firmada. Naquele contexto, o pressuposto era de igualdade formal entre as partes, independente das circunstâncias econômicas e sociais que as cercavam, tampouco das razões que as faziam compor determinado negócio. Não só isso. Os contratos tinham o poder de vincular as partes contratantes, as quais deviam, fundamentalmente, cumpri-lo, independendo se na formação ou se durante a execução deste, sobreviessem situações mais gravosas para uma das partes.

O magistério de José Manoel Arruda Alvim, citado por Antonio Hamilton de Castro Andrade Neto, sintetiza esse contexto referindo-se ao princípio do *pacta sunt servanda*, essencialmente fundamentado na noção de autonomia da vontade e da igualdade entre as partes:

> não se cogitava do contratante forte e do fraco, dado que, por causa da igualdade formal, que permeou os sistemas jurídicos, o legislador assumia que todos eram iguais (formalmente iguais) e assim os tratava. [...]. como, também, não se cogitava de determinadas circunstâncias invalidadoras originalmente do contrato (estado de perigo ou lesão), como, ainda, não se

---

[253] Ibidem, p.218.
[254] GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p.24.
[255] Mais adiante, em tópico próprio, serão reveladas as atuais "fronteiras" que sugerem a limitação do princípio da autonomia privada.

> aceitava que, no curso do cumprimento do contrato, dilargado no tempo, através de prestações sucessivas, que pudessem ocorrer circunstâncias supervenientes que justificassem a modificação das regras concretas do contrato[256].

Este modelo baseado na igualdade formal e na liberdade excessiva dos contratantes foi, ainda na Idade Média, fortalecido pelo surgimento da classe burguesa – a qual interessava demonstrar sua força econômica e política na sociedade – favoreceu o crescimento do individualismo, preservando sempre a autonomia da vontade das partes contratantes como seu principal dogma. Mesmo diante dos *slogans* pregados na Revolução Francesa – igualdade, liberdade e fraternidade – ainda era possível identificar a inexistência de tutela dos direitos das partes hipossuficientes[257].

Por outro lado, com o correr dos anos, eis que começa a nascer uma nova concepção de Estado, ainda sustentado nas bases da autonomia da vontade. Na época do Estado Liberal, por sua vez, prevaleceram os ideais iluministas e individualistas que acarretaram em pequena intervenção estatal nas relações particulares. Naquele período, respeitava-se o *pacta sunt servanda*, traduzido na obrigação de cumprir o acordo estipulado no contrato[258]. Mais adiante, o Estado Social nasce (haja vista a sua atuação na elaboração dos direitos sociais) como uma resposta ao sistema liberal proposto pela burguesia, no intuito de resguardar ao máximo os direitos dos particulares mais fracos na relação contratual privada.

Outrossim, também é certo que aquele extenso espectro de liberdade, que sempre tiveram as partes nas suas relações contratuais, perde sua elasticidade ao passo que, com a evolução social, o contrato passa a se amoldar às necessidades sociais. Reconhecer-se a função primordial do princípio da autonomia da vontade: analisar a real vontade do contratante, bem como as condições e as exigências às quais ele pretende se obrigar na celebração do negócio[259].

Em verdade, o indivíduo que esteja na plenitude da sua capacidade pode ser considerado da mesma forma capacitado para celebrar um determinado contrato, podendo

---

[256] ANDRADE NETO, Antonio Hamilton de Castro. **Algumas considerações sobre a evolução do contrato e de sua função social**. In: ARRUDA ALVIM, Angélica; CAMBLER, Everaldo Augusto (coords.). Atualidades de Direito Civil. v. 1. Curitiba: Juruá, 2006, p.24.

[257] Ibidem.

[258] Ibidem.

[259] (GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 1998). Karl Larenz acrescenta, nesse sentido, que "a declaração de vontade jurídico-negocial não contém somente a manifestação de uma determinada opinião ou intenção; é, nos termos do seu sentido, declaração de vigência, quer dizer, um acto que tem como objetivo por em vigor determinada consequência juídica. Os negócios jurídicos são situações de facto que implicam já as consequências jurídicas que a eles estão primariamente coordenadas" (LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p.419).

manifestar a sua liberdade da forma como melhor lhe convier, desde que em consonância com os requisitos de existência e validade dos negócios jurídicos[260].

Os pressupostos de validade dos contratos encontram-se previstos no artigo 104 do Código Civil vigente, o qual determina que os agentes sejam capazes, o objeto seja lícito, possível, determinado (ou determinável) e a forma seja prescrita ou não defesa por lei. Por conseguinte, os requisitos de existência do negócio jurídico são: declaração de vontade, objeto idôneo e finalidade negocial. São exigências, de fato, indispensáveis à formação do contrato perfeito e acabado, pronto para ter seu objeto e prestação executados da forma como se convencionou.

Tendo em vista que o princípio da autonomia da vontade consiste, basicamente, no poder das partes de estipularem livremente os seus interesses na relação contratual, desde que não haja ofensa às normas de ordem pública, visualiza-se importante prerrogativa conferida aos indivíduos na criação de qualquer tipo de relação na órbita do direito. Em termos práticos, desde que os fins do negócio coincidam com o interesse social, qualquer pessoa civilmente capaz pode, mediante manifestação livre de vontade, criar relações a que a lei confere validade.

É bom que se diga, entretanto, que este poder conferido aos indivíduos de exercitarem seus interesses através da autonomia da vontade não mais se sustenta como um poder ilimitado. Ocorre que, sem descurar da liberdade de contratar, o Código Civil coloca em evidência o respeito à pessoa humana.

O princípio da dignidade humana, o reflexo dos valores de socialidade, eticidade e solidariedade, bem como os ideais solidários irradiados a partir do fenômeno da constitucionalização do Direito Civil, favoreceram a ocorrência de verdadeira renovação do direito contratual. Não por menos, ao tempo em que o sustentáculo voluntarista, presente séculos a fio na estrutura contratual, perde importância em face do ideal solidário irradiado pela nova perspectiva civil-constitucional, o princípio da autonomia privada também sofre mitigações[261].

Ou seja, fica assegurada a liberdade de contratar, desde que exercida na razão e nos limites da função social do contrato, e as obrigações pelas partes assumidas devem ser efetivamente cumpridas, ou então não há que se falar em vida em sociedade, vez que "o código favorece um novo equilíbrio contratual, sem desrespeitar os princípios da autonomia

---

[260] RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**: Contratos. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.17.

[261] Segundo Paulo Nalin, "em que pese parcela da doutrina ainda encarar a autonomia da vontade como espaço de resistência do indivíduo contra a intromissão do Estado, o entendimento predominante indica o sentido do Estado Social comprometido com a realidade dos interesses da pessoa" (NALIN, Paulo. Autonomia privada na legalidade constitucional. In: NALIN, Paulo (org.). **Autonomia privada na legalidade constitucional**. Contrato e sociedade. Volume III. Curitiba: Juruá Editora, 2006, p.21).

da vontade e da liberdade de contratar"[262]. Muito embora tais princípios se encontrem atenuados por normas protetoras da parte mais fraca na relação contratual, é importante atentar para a importância da preservação da dignidade humana e dos princípios contratuais diante do juízo renovado em que se vive atualmente.

Destarte, Romualdo Batista dos Santos, referindo-se às "impropriedades contidas no artigo 421", o qual prescreve que a "liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato"[263], cita Giselda HironakA ao destacar que este dispositivo deveria referir-se à liberdade contratual e não à liberdade de contratar.

Há quem prefira afirmar que a autonomia da vontade foi incrementada pelo princípio da autonomia privada, tendo em vista que é este o responsável pela imposição de limites àquele. Ou seja, diante de uma série de transformações pelas quais passou o instituto dos contratos – em todos os sentidos – nada mais salutar do que propor a justa readequação da autonomia da vontade aos ideais constitucionais importados pela nova teoria contratual.

De toda sorte, permanece a autonomia da vontade, ainda que com limites. A esta nova percepção, dá-se o nome de autonomia privada, que surge com o justo propósito de alcançar o tão perseguido equilíbrio social necessário nas relações jurídicas, dando aos contratos um sentido mais humano e solidário, tornando-o instrumento capaz de proteger os interesses individuais sem negar o coletivo.

3.1.1.2 Autonomia privada

Confirmada a premissa de que o princípio da autonomia privada vem agregar limites à noção de autonomia da vontade, é válido o registro de que o direito contratual moderno ainda abriga este conceito na contemporaneidade, sendo que de forma relativizada, talvez até, como afirma Fernando Noronha, ofuscada pelo brilho do princípio da autonomia privada[264].

---

[262] LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Contratos no novo Código Civil**: teoria geral e contratos em espécie. 2. ed. São Paulo: Editora Método, 2004, p.44.

[263] SANTOS, Romualdo Baptista dos Santos. Princípios sociais contratuais: autonomia privada, função social e boa-fé objetiva. In: CASTILHO, Ricardo; TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: direito patrimonial e direito existencial (homenagem a Giselda Hironaka). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.241.

[264] Registre-se o magistério de Fernando Noronha nesse particular: "o princípio da autonomia privada é expressão que tende a substituir aquela de 'princípio da autonomia da vontade', cunhada por Gounot em 1912, para caracterizar a concepção individualista e liberal que ao seu tempo imperava" (NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais:** autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994, p.111).

A autonomia privada é princípio fundamental de todo e qualquer sistema jurídico que se baseia na lógica da relevância da vontade humana ou no poder de autodeterminação da pessoa. É de se reconhecer, então, que, nas obrigações contratuais, o fundamental não é somente a vontade das partes, até por que esta "pode dar vida aos negócios, mas não justifica os termos de sua tutela jurídica"[265].

Ainda segundo o magistério de Fernando Noronha, acredita-se que o postulado em comento resulta da combinação de dois dados extrajurídicos – quais sejam, um filosófico e um econômico – os quais remetem, de um lado, a tradição cristã sobre o valor da pessoa, sintetizado no conhecido personalismo ético kantiano e, de outro, o sistema econômico com base na livre empresa. Nas palavras do autor, é possível contemplar um conceito adequado de autonomia privada, tendo em vista que

> conjugando esses dois fatores, pode-se dizer que a autonomia privada consiste na liberdade de as pessoas regularem através de contratos, ou mesmo de negócios jurídicos unilaterais, quando possível, os seus interesses, em especial quanto à produção e à distribuição de bens e serviços[266]

Diante do exposto, não seria exagero algum afirmar que sem a autonomia privada, alçado como um dos princípios fundamentais do direito privado, não haveria que se falar na possibilidade de harmonização entre os interesses capitalistas, calcados também no fundamento da iniciativa privada, e os valores sociais impostos pela nova ordem constitucional.

Nesse contexto é que se compreendem as repercussões do novo paradigma contratual no âmbito do direito contratual. O advento de novos princípios, a reformulação de outros e a até a alteração conceitual do instituto, permitem notar que, definitivamente, o contrato amparado pela noção de absoluta paridade entre as partes – a ponto de seus efeitos dizerem respeito somente a elas – não tem mais lugar na ordem jurídica atual. Em verdade, juntamente com o que vêm informar os princípios da boa-fé e da função social dos contratos, o princípio da autonomia privada é um dos grandes responsáveis por esta constatação.

Destarte, favorecido pela suposta crise na liberdade contratual, identificada no contexto do dirigismo contratual do século XX, eis que desponta o princípio da autonomia privada como uma releitura do princípio liberal da autonomia da vontade. A par disso, já não cabe mais a confusão entre o princípio da autonomia da vontade e a autonomia privada, por restar observado que os valores que determinam este princípio residem nos parâmetros de autodeterminação da pessoa humana e na liberdade de iniciativa econômica.

Com efeito, o primeiro guarda o sentido da própria personalidade humana, reconhecida na letra do inciso III do artigo 1º da Constituição Federal, enquanto o segundo remete à ligação direta à liberdade que as pessoas têm de traçarem e cumprirem seus projetos no campo das relações econômicas. É com o que concorda Judith Martins Costa, em seu arremate:

---

[265] Ibidem, p.113.
[266] Ibidem, p.115.

> a finalidade a que está direcionado o princípio da autonomia privada no campo das relações obrigacionais é o asseguramento da atuação daqueles valores ('autodeterminação' e 'liberdade de iniciativa econômica'), permitindo que os particulares regulem seus próprios interesses. O meio de exercício da autonomia privada é constituído pelas declarações negociais[267].

De fato, a constatação relativista do direito contratual, influenciada historicamente pelas novas tendências sociais, conduz o intérprete a uma necessária releitura dos conceitos e princípios fundamentais que ilustram a matéria.

Convencida, portanto, que a teoria da autonomia privada contestou o dogma da vontade, resistente no sentido de que o puro consenso não é capaz de criar direito, Roxana Cardoso Brasileiro Borges observa que enquanto a autonomia da vontade pressupõe que o sujeito se obriga mediante declaração de vontade (desconsiderando as demais circunstâncias envolvidas), a autonomia privada indica, por outro lado, que a formação do negócio jurídico não depende exclusivamente da simples manifestação da vontade. Segundo a autora, "a teoria da autonomia privada demonstra que não existe uma ligação automática de vontade a um poder de gerar consequências jurídicas"[268].

De fato, em não sendo a vontade o único fator determinante do negócio jurídico, o contrato surge de "uma manifestação ou declaração ou comportamento concludente disciplinado pelo ordenamento jurídico e que, por isso, deve obedecer a todos os pressupostos de validade que este existe[269].

Desta forma, compreendido está que a o Direito Civil-Constitucional não excluiu o princípio da autonomia da vontade. O que se observou, na realidade, foi uma redução da sua importância, já que o seu caráter absoluto soava incompatível com os novos valores festejados pelo ordenamento. Portanto, repita-se, a suavização da autonomia da vontade não significou o seu desaparecimento, mesmo por que é inegável que sua atuação permanece imprescindível à preservação da segurança e da confiança criadas nas relações intersubjetivas.

Inclusive, diante do declínio do princípio da autonomia da vontade, que pressupunha a concepção a ilimitada liberdade contratual, Rosalice Fidalgo Pinheiro explica:

> nesta perspectiva, reivindicam-se limites, o que permitiu o desenvolvimento da teoria do abuso do direito e do princípio da boa-fé, com vistas a alcançar a justiça contratual. É nesse momento que se verifica a inversão da ideia fundamental antes aduzida, enquanto caracterização do princípio da autonomia da vontade: o direito objetivo revela-se em anterioridade ao

---

[267] MARTINS-COSTA, Judith. **Autonomia privada, confiança e boa-fé**. Revista Baiana de Direito. nº4. jul/dez. Salvador, 2009, p.32.

[268] BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005, p.53.

[269] Ibidem, p.53.

> direito subjetivo, possibilitando a intervenção do Estado e, consequentemente, a imposição de limites à liberdade contratual[270].

Evidencia-se, neste raciocínio, o princípio da autonomia privada como fundamento do negócio jurídico por representar a resposta à necessidade de imposição de limites às relações contratuais.

A seu turno, a autonomia privada revela-se mais ligada ao ordenamento jurídico, posto que não seria da simples manifestação de vontade que surgiriam os efeitos dos negócios firmados pelas partes, mas sim de uma previsão ou tolerância desses efeitos, restando passíveis de invalidade diante de contrariedade em relação aos interesses sociais. Com base nisso, Romualdo Baptista dos Santos não hesita em afirmar que a autonomia privada consiste no "poder do indivíduo regular livremente as suas relações, desde que isso não contrarie os interesses superiores da sociedade"[271].

A autonomia privada propõe que uma revisão da noção de que as partes têm garantida a sua liberdade de celebrar negócios jurídicos, desde que respeitados os limites impostos pelo ordenamento. Em termos práticos, a grande marca distintiva dos princípios em comento reside na imposição de certos limites ao exercício da liberdade negocial dos contratantes, condicionando, por conseguinte, a plena eficácia do contrato então celebrado e o alcance dos interesses dos contratantes. Nessa linha de raciocínio, é o jurista italiano Pietro Perlingieri quem faz questão de delinear os aspectos nos quais se manifesta a autonomia privada:

> tradicionalmente, afirma-se que ela se traduz, antes de tudo, na liberdade de negociar, de escolher o contratante, de determinar o conteúdo do contrato ou do ato, de escolher, por vezes, a forma do ato. É necessário verificar se esta ou estas liberdades, em razão da fisionomia que a autonomia privada assume com base nos princípios gerais do ordenamento, encontram correspondência efetiva na teoria dos atos[272].

Diante desse quadro, o contrato deixa de ser apenas um instrumento de realização da vontade individual, passando a desempenhar uma verdadeira função social, pois com limites necessários a que o alcance do objetivo contratual não contrarie os valores fundamentais fixados pelo ordenamento, quais sejam, a lei, ordem pública, a moral e os bons costumes. Em outros termos, segundo Roxana Cardoso Brasileiro Borges, os fatores limitantes da autonomia privada estariam postos numa faixa cinzenta

---

[270] PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Abuso do direito e as relações contratuais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.397.

[271] SANTOS, Romualdo Baptista dos Santos. Princípios sociais contratuais: autonomia privada, função social e boa-fé objetiva. In: CASTILHO, Ricardo; TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: direito patrimonial e direito existencial (homenagem a Giselda Hironaka). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.240.

[272] PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.17-18.

> cujo objetivo é equilibrar, de um lado, o interesse do indivíduo e, de outro, o interesse dos demais indivíduos. Assim, como o poder de autonomia privada não é ilimitado, não se permite exercitar o poder de disposição não é ilimitado, não se permite exercitar o poder de disposição sobre certas relações ou sobre certos direitos. [...]. os negócios jurídicos que são realizados em inobservância dos preceitos da lei, da ordem pública ou, como afirma a doutrina, dos bons costumes, são negócios ilícitos[273].

É forçoso concluir que, independente de haver maior ou menor intervenção estatal, a autonomia privada encontra limitações de diversas ordens, não há mais dúvida quanto a isso ante a preponderância doutrinária nesse sentido. Ainda assim, vale o reforço de Paulo Nalin, que afirma que "independentemente da natureza de tais limites ou da opção legislativa pela qual venha a autonomia privada a ser emoldurada, quer pela força de valores constitucionais preponderantes, quer pelas regras infraconstitucionais, se encontra a autonomia dos privados limitada"[274].

Karl Larenz, citado por Fernando Noronha, enfatiza que todo direito, inclusive o direito privado, tem uma hierarquia de valores na qual "a personalidade individual e o seu desenvolvimento mediante a atividade com responsabilidade própria ocupam um lugar primordial"[275].

Nesse raciocínio, não pode ser tão tormentosa a visualização do princípio da autonomia privada como resultado da relativização da noção de autonomia da vontade. Ora, se ao promover a adequação do conceito de vontade ao que verdadeiramente passa a ser exigido pelo ordenamento jurídico, a autonomia privada volta-se à manifestação volitiva ainda como um elemento essencial à celebração de negócios jurídicos. Esta, seguramente, não perde a sua espontaneidade ao adequar-se aos novos parâmetros abraçados pelo direito civil, preservando sua importância como elemento determinante na formação de qualquer negócio jurídico.

3.3.1.3 Força obrigatória dos contratos

Conforme já se afirmou anteriormente, o princípio da força obrigatória do contrato sempre informou que o negócio celebrado deve ser cumprido nos exatos termos em que são firmados. Materializa-se no brocardo romano conhecido como *pacta sunt servanda*, e

---

[273] BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005, p.57.

[274] NALIN, Paulo. A função social do contrato no futuro Código Civil brasileiro. In: Nelson Nery Junior (coord.). **Revista de Direito Privado**. Ano 03. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.40.

[275] NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais:** autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994, p.121.

traduzia-se na ideia de que o contrato tinha validade de lei entre as partes, já que somente a elas interessavam os seus efeitos.

Dessa forma, desde que preenchidos os requisitos legais de validade e existência, a avença tornava-se obrigatória, restando às partes providenciarem o seu devido cumprimento. Como informa Mariana Ribeiro Santiago, "existe uma regra moral segundo a qual o contrato deve manter o caráter sagrado que tira da palavra dada, do dever de consciência imposto ao devedor e da fé do credor na promessa feita"[276].

Noutro compasso, Orlando Gomes já afirmava que não era bem assim. Na realidade, a inteligência da força obrigatória dos contratos não se apresenta como corolário exclusivo da regra moral de que todo homem deve honrar a palavra empenhada. Segundo o autor, na verdade, "justifica-se, ademais, como decorrência do próprio princípio da autonomia da vontade, uma vez que a possibilidade de intervenção do juiz na economia do contrato atingiria o poder de obrigar-se, ferindo a liberdade de contratar[277].

Com bases nesses moldes, impossível não vincular a figura do contrato a uma força obrigatória que lhe é peculiar desde os tempos mais remotos, compondo inclusive a sua própria definição. Aliás, também foi a partir da noção de força obrigatória dos contratos que passou também a ser considerada a intangibilidade do instituto, proibindo às partes (bem como aos juízes, numa eventual demanda judicial) alterar unilateralmente as disposições contratuais.

Consta que, em face de algumas circunstâncias históricas que fatalmente submeteram o instituto dos contratos a algumas alterações quanto à absoluta obrigatoriedade do seu cumprimento, foi necessário compreender que o surgimento de um evento extraordinário, superveniente e imprevisível, capaz de alterar radical e profundamente o equilíbrio da relação contratual tal qual inicialmente previsto, causando manifesta desproporção econômica entre as partes, poderia justificar a revisão do conteúdo contratual ou mesmo, a depender do caso, a extinção deste vínculo[278].

Foi nesse contexto em que primeiro se observou a ocorrência de algumas técnicas jurídicas apropriadas à solução dos casos especiais em que se notava completa impossibilidade de execução da avença contratada nos mesmos moldes acordados no

---

[276] SANTIAGO, Mariana Ribeiro. **O princípio da função social do contrato**. Curitiba: Juruá, 2005, p.37.

[277] GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p.36.

[278] Eugênio Kruschewsky, referindo-se ao esforço dispensado quando da eclosão da Primeira Grande Guerra, explica que houve uma modificação marcante das "condições existentes no momento da celebração do contrato em comparação com as verificadas quando da sua execução" e que, em consequência disso, "o preço de insumos úteis à fabricação de armamentos e munição, como carvão, ferro, pólvora aumentaram exponencialmente, o mesmo caminho percorrido pelos gêneros alimentícios, em face da destruição de campos cultivados bem como de extrema dificuldade em viabilizar a distribuição desses produtos, em razão do fechamento de muitas estradas e vias férreas" (KRUSCHEWSKY, Eugênio. **Teoria Geral dos Contratos Civis**. Salvador: JusPodivm, 2006, p.15).

momento da celebração do negócio. A onerosidade excessiva e a teoria da imprevisão (até então, a cláusula *rebus sic standibus*) favoreceram a mitigação da pretensa intangibilidade dos contratos naquele contexto, diante do fato de que a inadimplência das partes não correspondia diretamente a sua vontade, mas ao evento imprevisível que influenciou as bases da execução contratual[279].

É o que explica Rosalice Fidalgo Pinheiro ao sustentar que é com fundamento da função social do contrato que se promove necessária intervenção neste, revelando um rompimento de sua intangibilidade, para promover a justiça contratual. Ainda com base nesse raciocínio, arremata a autora que "há, então, o ressurgimento de institutos como o da lesão, a cláusula *rebus sic standibus*, sob a forma da teoria da imprevisão e da base negocial e, especialmente, da teoria do abuso do direito"[280]. É inegável a elevação da importância do instituto do abuso do direito na esteira das relações contratuais, posto que, como se sabe, é mais fácil identificar um ato abusivo no contexto do direito de propriedade, enquanto que ainda é incipiente a adequada identificação deste no bojo de uma relação contratual.

Modernamente, como se sabe, a exemplo do princípio da relatividade dos efeitos do contrato, que dizem respeito – apenas relativamente, e não exclusivamente – às partes contratantes e são relativizados em face do princípio da função social dos contratos, a obrigatoriedade contratual também é repensada em face dos ideais solidários e sociais que se impõem neste âmbito, repercutindo nos clássicos princípios liberais. Assim, todas as modificações do princípio da autonomia da vontade refletiram-se também na visão atual do princípio da relatividade dos efeitos do contrato, "pois o interesse social passou a sobrepujar o interesse individual, de forma a permitir que a sociedade possa questionar a função de cada contrato particular"[281].

Dessa forma, tornou-se ultrapassada a concepção de relatividade dos efeitos do contrato como princípio pelo qual ele só gera efeito para aqueles que o pactuaram, não

---

[279] Pontua-se, fundamentalmente que, se o contrato faz lei entre as partes, também há que se recordar que na comparação da lei com o contrato, residem muitas semelhanças, mas também irradiam diferenças fundamentais. Nesse raciocínio, Mariana Ribeiro Santiago, citando San Tiago Dantas, anota que "assemelham-se a lei e o contrato no sentido de que ambos são normas de conduta e normas de composição de conflitos, ou seja, possuem a dupla função de orientar o comportamento de pessoas e orientar o julgador no momento do litígio. Por outro lado, distinguem-se radicalmente do ponto de vista de que o contrato é sempre particular, deflui da vontade das partes, dirigindo-se à pessoas determinadas e inspirado em interesse particular, enquanto a lei é geral, deflui do Estado, dirigindo-se aos cidadãos e aos juízes para que estes apliquem-na, sendo inspirada num interesse social" (SANTIAGO, Mariana Ribeiro. **O princípio da função social do contrato**. Curitiba: Juruá, 2005, p.37-38).

[280] PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Abuso do direito e as relações contratuais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.178.

[281] Op. Cit. SANTIAGO, Mariana Ribeiro. **O princípio da função social do contrato**. Curitiba: Juruá, 2005, p.60.

beneficiando nem prejudicando terceiros, impossibilitando outras pessoas, além dos próprios contraentes, questionarem o vínculo contratual.

Assim, o princípio da relatividade dos contratos já não pode mais ser elevado à condição de dogma, haja vista que dogmas são como verdades absolutas e incontestáveis, portanto, totalmente incompatível com o que se entende por Direito como uma ciência transformadora, que atua com apoio na experiência, sendo intolerante a posições imutáveis. De acordo com Paulo Luiz Netto Lôbo, os princípios sociais dos contratos, tais como o da função social e da boa-fé objetiva, não eliminam os princípios liberais como

> o princípio da autonomia privada (ou da liberdade contratual em seu tríplice aspecto, como liberdades de escolher o tipo contratual, de escolher o outro contratante e de escolher o conteúdo do contrato), o princípio de *pacta sunt servanda* (ou da obrigatoriedade gerada por manifestações de vontades livres, reconhecida e atribuída pelo direito) e o princípio da eficácia relativa apenas às partes do contrato (ou da relatividade subjetiva); mas limitaram, profundamente, seu alcance e conteúdo[282].

Intrigante, contudo, é a indagação sobre a razão que levou os juristas a não resistirem àquela realidade na qual prevalecia a autonomia da vontade, a força obrigatória dos contratos e a o princípio da relatividade dos seus efeitos como premissas absolutas.

É nesse contexto, enfim, que hoje se nota importância da teoria da imprevisão, a qual se condiciona ao preenchimento de alguns requisitos específicos para sua efetiva aplicação: tratar-se de contrato de execução continuada ou diferida no tempo, ocorrência de um fato extraordinário e imprevisível; alteração radical da base econômico-substancial do contrato e onerosidade excessiva para uma das partes, de modo a acusar excessiva desproporção quantitativa entre as partes envolvidas, tornando inviável a satisfatória execução do negócio.

De outro lado, o Código Civil atual também prevê a possibilidade de revisão contratual por onerosidade excessiva, com base nos artigos 478 a 480, cumprindo a mesma atuação da teoria da imprevisão e distinguindo-se, fundamentalmente, pela desnecessidade de verificação do requisito posto no evento imprevisível e extraordinário, bastando tão somente a existência da onerosidade excessiva pura. Inicialmente, era aplicada apenas às relações de consumo, cabendo a revisão contratual mesmo sendo causa originária do contrato celebrado, pois quase configurava como prática abusiva impor ao consumidor desvantagem exagerada ou exigir dele vantagem manifestamente excessiva. É o que explica Roxana Cardoso Brasileiro Borges, que arremata afirmando que já se percebe na jurisprudência o entendimento de que a

---

[282] LÔBO, Paulo Luiz. **Princípios sociais dos contratos no CDC e no novo Código Civil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n.55. Disponível em <http://jus.uol.com.br/revista/texto/2796> Acesso em 17 jan.2011.

revisão por onerosidade excessiva pode ser feita em relação a qualquer contrato, "seja consumeirista ou paritário, por uma exigência de justiça contratual"[283].

Conclui-se, por estas razões, ter o princípio da obrigatoriedade do contrato sofrido grandes limitações devido às alterações ocorridas no seio da própria noção de contrato, oriundas da evolução observada no âmbito econômico e social desde o século XIX, passando a tolerar, inclusive, mesmo que em situações de excepcionalidade, a revisão contratual.

3.3.2 Princípios sociais

A codificação de 2002, como é sabido, adveio sob influência dos valores solidários e humanitários propostos pela nova ordem constitucional. Assim, ao passo que o Código Civil cumpre o seu ocaso ao se contextualizar aos novos parâmetros constitucionais, o legislador infraconstitucional fez questão de valer-se do critério de preservação ao manter, tanto quanto possível, as disposições do diploma anterior. Neste raciocínio, o que não confrontasse, por incompatibilidade, os dispositivos constitucionais, considerou-se mantido, em respeito ao imenso patrimônio de pesquisas, estudos e reflexões de juristas historicamente renomados, que auxiliaram na construção e na consagração de uma gama de institutos no âmbito do direito privado.

Entretanto, é de se admitir que a estrutura do novo Código Civil tem cunho essencialmente social por todos as razões políticas e históricas já apontadas, característica incontestavelmente antagônica à marca individualista verificada no bojo da codificação de 1916, que sempre se sobrepôs aos interesses da sociedade[284].

Convém assinalar que à medida que cresce a ingerência estatal nas relações privadas, no escopo de corrigir juridicamente as desigualdades econômicas identificadas entre os contraentes, também desponta a diretriz da socialidade como principal fator de mudança do contexto histórico-cultural vivido:

> o Estado Social acrescentou à dimensão política do Estado Liberal, calcada na limitação e controle dos poderes políticos e garantias dos direitos individuais, a dimensão econômica e social, através da limitação e controle dos poderes econômicos e sociais privados e a tutela dos mais fracos. O

---

[283] BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005, p.32.

[284] REALE, Miguel.**Função Social do contrato**. Disponível em: <www.miguelreale.com.br/artigos/funscont.htm> Acesso em: 13 ago 2010.

> Estado Social tem, portanto, como nota marcante, a intervenção legislativa, administrativa e judicial nas atividades privadas[285].

Não foi por menos que o Código Civil de 2002 adveio orientado com base nos princípios da socialidade, da eticidade e da operabilidade. Em verdade, os princípios sociais contratuais realizaram-se com base na materialização destes fundamentos[286].

A boa-fé objetiva, a função social dos contratos, a equivalência material e o princípio da justiça contratual são os princípios sociais que sintomaticamente se destacam como os principais pilares do direito contratual contemporâneo.

O princípio da justiça contratual não é recente. Tem base na ideia do livre jogo de vontades entre os contratantes. Ocorre que, por influência do significativo desenvolvimento econômico e social, os quais trouxeram consigo os fenômenos da massificação e da estandardização como um processo natural, sua concepção passou a sofrer certas alterações[287]. E isto acontece em meio à necessidade de uniformização das práticas e modelos contratuais em uma época em que já não se tolerava a premissa de que a igualdade formal entre os contratantes implicava na certeza de que assim se alcançava a justiça contratual.

Com efeito, de acordo com o princípio da igualdade substancial, pressuposto da justiça social, de acordo com os parâmetros modernos, já é pacífico que o contrato não pode servir de instrumento promotor de equilíbrio formal em um contrato, ao ponto de as prestações em favor de um contratante lhe acarretem um lucro exagerado em detrimento do outro. Este quadro não é justo[288].

---

[285] GAMA, Guilherme Nogueira da; PEREIRA, Paulo Queiroz. Função Social do Contrato. In: GAMA, Guilherme Nogueira da. (coord.). **Direito Civil:** Aspectos sociais I. São Paulo: Atlas, 2007, p.75.

[286] Conforme explicação de Romualdo Batista dos Santos, "com o princípio da socialidade, procurou-se superar os rigores do individualismo do século XIX [...]. Foi estabelecido que não á direitos individuais absolutos, cuja fruição seja realizada sem limites, mas antes os direitos devem ser exercidos em benefício da pessoa com vista à convivência social. [...]. O princípio da eticidade, que orienta o novo Código, prestigia os valores acima mencionados como critérios objetivos para solução dos conflitos postos diante do juiz. [...]. O princípio da operabilidade tem em vista que o direito existe para ser executado, isto é, deve servir como ferramenta de trabalho para o juiz, o advogado, o promotor etc (SANTOS, Romualdo Baptista dos Santos. Princípios sociais contratuais: autonomia privada, função social e boa-fé objetiva. In: CASTILHO, Ricardo; TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: direito patrimonial e direito existencial (homenagem a Giselda Hironaka). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.239).

[287] PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Abuso do direito e as relações contratuais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

[288] Aliás, como já afirmou Jacques Guestin, "quem diz contrato, diz justo" (*apud* BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Reconstrução do direito privado: do clássico ao atual. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (coords.). **Direito Contratual**: temas atuais. São Paulo: Método, 2007). A autora explica que, ao tempo do Estado Absolutista, em se tratando de pessoas iguais e livres para contratar, a manifestação da vontade era plena e assim vista como garantia de

Nesse passo, interessa a reflexão de Teresa Negreiros que, ao questionar-se, com base no princípio da igualdade material entre os contratantes sobre o que se compreende por uma relação contratual justa, apóia-se no princípio do equilíbrio econômico para concluir que enquanto a justiça social constitui um ideal a ser perseguido com instrumentos não apenas do direito civil, mas sobretudo de outras áreas, como tributário e administrativo:

> em face da disparidade de poder negocial entre os contratantes, a disciplina contratual busca criar mecanismos de proteção da parte mais fraca, como é o caso do balanceamento das prestações. De acordo com este princípio, a justiça contratual torna-se um dado relativo não somente ao processo de formação e manifestação da vontade dos declarantes, mas sobretudo relativo ao conteúdo e aos efeitos do contrato, que devem resguardar um patamar mínimo de equilíbrio entre as posições econômicas de ambos os contratantes[289].

Eis que definitivamente a justiça contratual deixa de ser concebida como decorrência da autonomia da vontade, na medida em que o simples acordo de vontades deixa de ser premissa exclusiva para concluir-se como justo o contrato individualmente considerado. Desse modo, o princípio da justiça contratual se coloca ao lado do valor da segurança jurídica, considerado o contexto da ordem civil constitucional obrigacional contemporânea e, como tal, já não pode mais ser compreendida como fruto de reflexões precipitadas.

Não somente a noção de igualdade substancial entre os contratantes, propugnada no contexto da nova teoria contratual, mas também o ideal de solidariedade inspirado na nova perspectiva constitucional revela um forte indício da renovação contratual. A par disso, acrescente-se a inteligência de Daniel Sarmento ao ensinar que a partir do instante em que a Constituição Federal, ao determinar como um dos seus objetivos fundamentais a busca pela construção de uma sociedade justa, livre e solidária, mais do que uma diretriz política qualquer, quis o legislador constituinte expressar um verdadeiro princípio jurídico dotado de um grau de eficácia imediata e com poder de atuação interpretativa da ordem jurídica. Em verdade, ainda segundo o autor, é muito maior do que se pode imaginar o sentido de solidariedade nesse particular, considerando principalmente o fato de que "embora cada um de nós componha uma individualidade, irredutível ao todo, estamos também todos juntos, de alguma forma irmanados por um destino comum"[290].

É o que também assevera Fernando Noronha, que considera a justiça contratual um dos princípios fundamentais do contrato, e não admite venha a ser orientado por outros

---

justiça dos contratos: "a justiça contratual era consequência lógica da soma da igualdade (formal) com a liberdade de contratar, pois se as partes eram iguais e livres para contratar ou não contratar, sendo a vontade um poder jurígeno, o que as partes contratassem seria, necessariamente, justo" (Ibidem, p.22).

[289] NEGREIROS, Teresa. **Teoria Geral do contrato**: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.159.

[290] SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p.295-296.

valores que não sejam "aqueles três que Stein e Shand consideram 'os valores fundamentais da civilização ocidental': a ordem, a justiça e a liberdade"[291]. A explicação de Fernando Noronha também é firme sentido de que, tendo em vista que as relações existentes entre o valor da liberdade e o princípio da autonomia privada, o mesmo acontece entre a justiça, como valor jurídico fundamental, e o princípio da justiça contratual[292].

Assim, clareia-se, no inciso I do artigo 3º da Constituição Federal de 1988, que é objetivo da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Somado a este fundamento, registre-se a festejada renovação do direito contratual, que tem base nos novos ideais constitucionais.

A seguir, serão analisados os princípios sociais que mais importam para efeito da presente pesquisa – função social dos contratos, equivalência material e boa-fé, - razão por que merecem o destaque apartado.

3.3.2.1 Função social dos contratos

A concepção clássica de contrato, bem como dos princípios que informam a sua teoria, historicamente sustentados em bases individualistas e voluntaristas, finalmente cede lugar ao advento de um novo modelo de instituto jurídico, desta vez atento aos valores e princípios constitucionais de dignidade e livre desenvolvimento da personalidade humana. É justamente o que explica Giselda Novaes Hironaka, citada por Paulo Nalin:

> a doutrina da função social emerge, assim, como uma dessas matizes, importando em limitar institutos de conformação nitidamente individualista, de modo a atender os ditames do interesse coletivo, acima daqueles do interesse particular, e, importando, ainda, em igualar os sujeitos de direito, de modo que a liberdade que a um deles cabe, seja igual para todos[293].

Assim, o modelo clássico de contrato, de cunho individualista e voluntarista por excelência, dá lugar a um modelo renovado, vez que passa a privilegiar a concretização material de princípios e valores constitucionais dedicados à pessoa humana[294].

Em termos práticos, o contrato deixa de ser apenas um instrumento de realização da autonomia privada para desempenhar uma função social[295] e revela-se envolvido numa

---

[291] NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais:** autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994, p.100.

[292] Ibidem, p.102.

[293] NALIN, Paulo. A função social do contrato no futuro Código Civil brasileiro. In: Nelson Nery Junior (coord.). **Revista de Direito Privado**. Ano 03. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.53.

[294] SCHOMER NETO, Luiz Jorge. A função social dos contratos: uma visão civil-constitucional. In: **Revista da Universidade de Cuiabá**. n.1. Cuiabá: Edunic, 1999.

nítida inspiração solidária ao ponto de este espírito afirmar-se como um pressuposto institucional, levando a crer que o contrato passa a não bastar por si mesmo, vez que dele também irradia prioridades que transcendem aos interesses individuais.

Em verdade, a partir do instante em que a manifestação pura da vontade deixa de apresentar-se como premissa absoluta para uma perfeita celebração contratual e os seus fins direcionam-se aos interesses coletivos em substituição aos particulares, torna-se possível falar em função social dos contratos de forma segura. Visualiza-se, nessa esteira, verdadeira guinada do direito privado. É no que insiste Claudio Luiz Bueno de Godoy, preocupado com a efetividade de controle que cada contrato firmado, em consonância com a utilidade social que ele, por si só, como instrumento dinamizador das relações obrigacionais, deve ostentar:

A função social do contrato representa também uma maneira, sobretudo quando externada pelo exercício da atividade jurisdicional, de interpretação e, em especial, de controle do exercício da liberdade contratual, corolário, de resto, da admissão de que lhe integra mesmo o conceito, ou o conceito de autonomia privada[296].

Por outro lado, Fernando Noronha defende que, mesmo ao tempo do individualismo exacerbado, época em que somente interessavam os interesses próprios nas mais variadas situações, já existia certa função social que acompanhava o contrato. O que ocorria, segundo ele, "era apenas acreditar-se que a livre atuação das partes resultava necessariamente no bem de todos"[297]. De fato, se a vontade era o bastante para fazer-se justiça, segundo a lógica da concepção clássica do contrato, não há como negar que, ao lado do equilíbrio alcançado (era o que interessava para aqueles contratantes), nada negava que também não se estaria cumprindo certa função social.

De qualquer sorte, é sabido que o princípio em comento trouxe ao ordenamento brasileiro uma nova dimensão contratual, passando a integrar, inclusive, o próprio conceito de contrato, como um valor operativo que deve ser lançado mão não somente em sua tarefa interpretativa e integrativa, mas sobretudo concretizadora das normas contratuais particularmente consideradas. Assim, diante dos questionamentos cada vez mais recorrentes acerca do discurso individualista presente nos contratos em geral, testemunha-se sua alteração "no sentido de uma funcionalização do negócio, uma socialização do contrato, como reação ao voluntarismo estruturalista oitocentista"[298].

---

[295] MATTIETO, Leonardo. O direito civil-constitucional e a nova teoria dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Problemas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.179.

[296] GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social dos contratos e os novos princípios contratuais**. (Coleção Agostinho Alvim). São Paulo: Saraiva, 2004.

[297] NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais:** autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994, p.85.

[298] BORGES, Roxana Cardodo Brasileiro. Reconstrução do direito privado: do clássico ao atual. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (coords.). **Direito Contratual**: temas atuais. São Paulo: Método, 2007, p.32.

É com o que concorda a maioria dos doutrinadores que se ocupam do tema quando se constata que o surgimento do princípio da função social dos contratos decorre principalmente da motivação da função social da propriedade, basilada como direito fundamental na Constituição Federal de 1988, identificado nos incisos XXII e XXIII do artigo 5º, os quais asseguram que o direito de propriedade "atenderá a sua função social"[299].

Tudo isso por que, a partir do Estado Social, surgiu uma preocupação maior com o aspecto coletivo, com o interesse da sociedade, atribuindo, naturalmente, menor relevância à concepção de contrato como mero instrumento de realização individual. Assim entende Paulo Luiz Netto Lôbo, ao inferir que a função exclusivamente individual do contrato é incompatível com o Estado Social. Segundo ele, considerando que a Constituição Federal, em seu artigo 170, estabelece a tutela explícita da ordem econômica e social e, sendo o contrato instrumento desta, "enquanto houver ordem econômica e social, haverá Estado Social; enquanto houver Estado Social, haverá função social do contrato"[300].

Nessa linha de raciocínio, parece ser pacífica a idéia de que o direito de propriedade finalmente deixa de ser algo absoluto e intangível (a exemplo do que se narrou sobre o surgimento da teoria do abuso do direito), e passa a ter uma intenção, um propósito, uma função voltada ao bem da sociedade[301].

A partir dessa diretriz, remodelada com base no ideal da socialidade, traduz-se a real funcionalidade da propriedade, projetando este espírito em diversas manifestações. Ao passo em que o princípio da função social dos contratos decorre do princípio da socialidade, como se sabe, é certo também que toda atividade jurídica deve estar voltada ao desempenho de seu papel na órbita social. É o que acontece com a posse, com a propriedade e não poderia ser diferente em relação à atividade contratual.

Os autores Guilherme Calmon Nogueira da Gama e Daniel Queiroz Pereira preferem entender esta comparação afirmando que "a propriedade é o aspecto estático da atividade econômica, enquanto o contrato é seu segmento dinâmico", e arrematam: "assim, a

---

[299] REALE, Miguel.**Função Social do contrato**. Disponível em: <www.miguelreale.com.br/artigos/funscont.htm> Acesso em: 13 ago 2010.

[300] LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios sociais dos contratos no CDC e no novo Código Civil. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n.55. Disponível em <http://jus.uol.com.br/revista/texto/2796> Acesso em 17 jan.2011.

[301] A par disso, Fernando Noronha já insistia que "todo direito tem uma função social, que dispensa referência expressa", Aliás, segundo ele, "neste século XX, são as próprias Constituições que fazem questão de referir a função social dos direitos, em especial do direito de propriedade". E complementa: "mesmo os direitos subjetivos de finalidade egoística, como são todos os direitos de crédito (entre os quais se inserem os resultantes de contratos), são reconhecidos, como qualquer outro direito, tendo em vista não só a realização dos interesses do respectivo titular, como também a realização de finalidades sociais: toda norma jurídica, afinal, visa 'fins sociais' e atende 'exigências do bem comum'" (NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais:** autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994, p.83-83).

função social da propriedade afeta necessariamente o contrato, como instrumento que a faz circular"[302].

Por função, entenda-se utilidade, uso ou serventia. Por social, leia-se aquilo que interessa à sociedade. Merece destaque, sobretudo diante do que se deseja para o momento, a lição de Miguel Reale a esse respeito: "a realização da função social da propriedade se dará se igual princípio for estendido aos contratos, cuja conclusão e exercício não interessam somente às partes contratantes, mas a toda coletividade"[303].

Nada mais razoável. É possível avançar nesta ideia elevando a importância do princípio da função social à qualidade de princípio geral contratual, sem olvidar que não pertence ao instituto da propriedade todo o mérito da funcionalidade do referido princípio nas relações jurídicas. Nesse sentido, também há que se levar em conta o surgimento de um contexto acadêmico favorável e coerente com a perspectiva social injetada nas entrelinhas do fenômeno da constitucionalização do direito civil.

Mais do que fruto de um contexto de transformação e renovação do direito contratual, é impossível negar a importância que o princípio da função social representa nesta seara, quiçá no ordenamento como um todo. Ora, ao se notar o instituto do contrato assumidamente mais socializado, solidário, justo e equilibrado, nada mais coerente do que o destaque da sua importância como base de valor dedicada a favorecer não somente a implantação de um direito civil adequado ao novo contexto constitucional, mas também na reconstrução do Direito Privado como um todo.

Assim já era com a propriedade e sua função social, com a função social da empresa, que obriga o proprietário e ao empresário a agir positivamente. Ou seja, este não só deve abster-se de praticar determinados atos contrários ao corpo social, "como igualmente deve agir em benefício deste corpo, gerando recursos, empregos, tributos, tudo com responsabilidade sócio-ambiental"[304].

Sobre isso, acrescente-se a advertência de Miguel Reale, que entende que o imperativo da função social do contrato "estatui é que este não pode ser transformado em um instrumento para atividades abusivas, causando danos à parte contrária ou mesmo a terceiros, nos termos do artigo 187"[305].

---

[302] GAMA, Guilherme Nogueira da; PEREIRA, Paulo Queiroz. Função Social do Contrato. In: GAMA, Guilherme Nogueira da. (coord.). **Direito Civil:** Aspectos sociais I. São Paulo: Atlas, 2007, p.79.

[303] REALE, Miguel. **Função Social do contrato**. Disponível em: <www.miguelreale.com.br/artigos/funscont.htm> Acesso em: 13 ago 2010.

[304] KRUSCHEWSKY, Eugênio. **Teoria Geral dos Contratos Civis**. Salvador: JusPodivm, 2006, p.21.

[305] REALE, Miguel. **Função Social do contrato**. Disponível em: <www.miguelreale.com.br/artigos/funscont.htm> Acesso em: 13 ago 2008.

Materializa-se o princípio da função social dos contratos no valor da socialidade que, ao lado da eticidade e da operabilidade, patrocinam o novo direito civil, pautado em ideais mais humanitários facilmente identificados no texto do Código Civil de 2002[306].

À medida que estes três valores injetam novo espírito ao direito civil, testemunha-se a inevitável substituição dos ideais individualistas de outrora pela fixação de um olhar horizontal, que alcança a sociedade em sua mais ampla concepção. Assim, à medida que o contrato absorve verdadeira funcionalidade social, as relações contratuais finalmente deixam de ser observadas sob o prisma dos interesses particulares e ganham uma feição inegavelmente mais socializada. Talvez por isto que, segundo Rodrigo Mazzei, o direito obrigacional "assume uma nova conotação normativa que finalmente atribui aos contratos um perfil funcional, voltado ao atendimento de valores fundamentais do ordenamento"[307].

Reside neste particular um dos principais objetivos desta pesquisa: demonstrar a importância do princípio da função social dos contratos que, em atuação conjunta com a boa-fé objetiva, proporciona efetiva proteção não somente aos contratos como instrumento jurídico de criação e circulação de riquezas, mas também aos próprios contratantes, que dele dependem para alcançar os seus interesses, sempre condicionados ao cumprimento da sua função social. Ora, a par desse raciocínio, já não cabe mais falar em interesses antagônicos das partes nas relações contratuais, mas sim no êxito do negócio quando alcança o objetivo primordial: o cumprimento da função à que se destina.

É preciso destacar, sem temer qualquer redundância, que o princípio da função social dos contratos visa não somente a tarefa de incutir característica coletiva ao contrato, como primeiramente se poderia imaginar, mas, sobretudo, imprimir um verdadeiro e eficiente espírito de solidariedade entre as partes envolvidas. Estas, então, ficam obrigadas a transformar a antiga postura egoísta de perseguição dos seus próprios interesses em manifestações de cooperação mútua, dentre outros deveres que surgem inexoravelmente à reboque do que informa o princípio da boa-fé contratual.

É salutar que se registre que, são eles - os contratantes - os primeiros destinatários das vantagens advindas de qualquer negócio firmado, do mesmíssimo modo que estes também são os verdadeiros responsáveis pela efetiva funcionalidade coletiva do contrato.

---

[306] Na lição de Miguel Reale, o princípio da socialidade "atua sobre o direito de contratar em complementaridade com o de eticidade, cuja matriz é a boa-fé, a qual permeia todo o novo Código Civil. O ilustre jurista Ministro Almir Pazzianotto Pinto teve o cuidado de verificar que ele alude à boa-fé em nada menos de 53 artigos, recriminando a má-fé em 43. Isto posto, o olvido do valor social do contrato implicaria o esquecimento do papel da boa-fé na origem e na execução dos negócios jurídicos, impedindo que o juiz, ao analisá-los, indague se neles não houve o propósito de contornar ou fraudar a aplicação de obrigações previstas na Constituição e na Lei" (2010).

[307] MAZZEI, Rodrigo. Apresentação: Notas iniciais à leitura do novo Código Civil. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (Coords.). **Comentários ao Código Civil Brasileiro**: parte geral (arts.1º a 103). Rio de Janeiro: Forense, 2005, P.29.

Interessante o posicionamento de Clóvis Beviláqua que, citado por Maria Vital da Rocha, explica que, afora todas as especulações acerca do surgimento da função social dos contratos, seria este princípio entendido como um "conciliador dos interesses colidentes" e "pacificador dos egoísmos em luta"[308]. Segundo o autor, certamente seria esta a primeira e mais elevada função social de um contrato.

Tal colocação revela-se ainda mais apropriada se for levado em conta o paradoxo da comparação entre os dias atuais e o contexto jurídico, social e econômico testemunhado no passado pelo insigne jurista. Tanto é verdade que, por vezes, nos flagramos questionando o porquê do atraso da inclusão do princípio da função social no ordenamento brasileiro, vez que este não é tão recente quanto se pensa.

O que se sabe é que, diferentemente dos princípios da boa-fé e do equilíbrio contratual, foi somente no texto do novo Código Civil que a função social recebeu uma positivação infraconstitucional explícita. Nas palavras de Teresa Negreiros, "talvez esteja aí, na falta de uma cláusula geral que expressamente consagrasse o princípio, a explicação para o reduzido interesse que o mesmo havia despertado até a promulgação do Código Civil em 2002"[309]. De fato, segundo nota da autora, sempre foi reduzido o interesse no princípio da função social dos contratos, principalmente quando comparado ao interesse despertado pela função social da propriedade, cuja bibliografia, tanto nacional quanto estrangeira, sempre foi vasta. Somente recentemente, "motivados pela positivação legislativa, inúmeros autores vêm se dedicando ao estudo da função social, mas muitas vezes sem a necessária, e a cada dia mais urgente, preocupação com a delimitação de seu campo operativo específico". Segundo ela, portanto, "a generalizada falta de profundidade na abordagem da função social do contrato espelha-se em definições tão vagas quanto retóricas, como as que vinculam o princípio ao atendimento do bem comum e dos fins sociais"[310].

Foi, então, no bojo do então novo texto civil que se pôde enxergar, de fato, que o contrato ganhou um espírito funcional dentro da sociedade, na letra do artigo 421 do Código Civil de 2002, que o determina de maneira explícita: "a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social dos contratos".

Vale dizer, com base na leitura do dispositivo supracitado, que a evolução da ciência jurídica em si já demonstra que aquele "arsenal de direitos" que revestia a premissa da liberdade de contratar, já não possuía a mesma elasticidade de outrora, tendo em vista os recentes abalos que atingiram o individualismo e voluntarismo jurídicos da época, mas que felizmente foram substituídos pelo espírito de solidariedade e humanidade irradiado pela nova ótica que a ordem constitucional emprestou ao Direito Civil.

---

[308] ROCHA, Maria Vital da. Considerações sobre o alcance da expressão da autonomia da vontade na atualidade. In: PINTO, Agerson Tabosa (org.). **A autonomia da vontade e as condições gerais do contrato:** de Roma ao Direito Atual. Fortaleza: Unifor, 2003, p.572.

[309] NEGREIROS, Teresa. **Teoria Geral do contrato**: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.207.

[310] Ibidem, p.207.

Na opinião de Fernando Noronha, "o interesse fundamental da questão da função social está em despertar a atenção para o fato de que a liberdade contratual não se justifica, e deve cessar, quando conduzir a iniqüidades, atentatórias de valores de justiça, que igualmente tem peso social"[311].

Sempre oportuno o posicionamento de Teresa Negreiros, considerando sobretudo a constatação de que a função social, quando combinados com os novos princípios contratuais, vem "redefinir o alcance daqueles outros princípios da teoria clássica, constituindo-se em um condicionamento adicional imposto à liberdade contratual"[312].

Adicione-se, por rigor metodológico, que a análise do princípio da função social dos contratos não pode se dar de maneira isolada. Trata-se de um princípio contratual e seu significado determina que os eventos envolvidos na relação jurídica se realizem da melhor forma possível para a coletividade, de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas que envolvem as partes contratantes. Do mesmíssimo modo, ao contrato assim celebrado também se impõe a obediência aos limites legais e de ordem pública, sempre condicionado aos fins aos quais se destina.

Qualquer atuação abaixo dessa baliza será considerada abuso de direito, pois que extrapola a função social que permeia a noção de contrato. É o que bem acertadamente adverte Eduardo Sens dos Santos[313].

Reveste-se, portanto, o princípio da função social dos ideais de "funcionalização" e "socialização" do contrato, que tem base no mandamento constitucional da função social da propriedade. Assim, "a função socioeconômica do contrato reside na sua utilidade em relação à obtenção dessa satisfação"[314]. Testemunha-se, enfim, o aguardado contexto em que o contrato abandona o foco egoísta do direito no passado e passa a agregar utilidade diretamente voltada à coletividade, numa louvável passagem do individual para o coletivo.

Nessa esteira, afigura-se fora de dúvida o verdadeiro impulso dinâmico e solidário que o princípio da função social introduz, definitivamente, no direito dos contratos. De fato, é plenamente visível o revestimento solidário que este princípio introduz na dinâmica contratual, fazendo alcançar inclusive aquelas relações negociais mais simples, celebradas cotidianamente pelas pessoas.

---

[311] NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais:** autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994, p.82.

[312] NEGREIROS, Teresa. **Teoria Geral do contrato**: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.208.

[313] SANTOS, Eduardo Sens do. O Novo Código Civil e as cláusulas gerais: exame da função social dos contratos. In: NERY JUNIOR, Nelson (coord.). **Revista de Direito Privado**. Ed. Revista dos Tribunais. Ano 03. Abril – Junho/ 2002, p.9.

[314] Ibidem, p.33.

Sob esta ótica, faz-se necessário que os negócios jurídicos patrimoniais sejam analisados em conformidade com o meio econômico, moral e (principalmente) social em que ele esteja inserido. Ou seja, a celebração e a execução de um pacto contratual não pode trazer onerosidades desproporcionais a qualquer dos pólos da relação, pois que a este instrumento não pode ser dado o poder de violar interesses individuais (ou mesmo metaindividuais) relacionados à proteção da dignidade da pessoa humana. É o que interpreta o Enunciado 23 do Conselho da Justiça Federal, com o seguinte teor: "entende-se que a função social dos contratos traz conseqüências dentro do contrato (*intra partes*) e também para fora do contrato (*extra partes*)".

Ademais, há quem sustente que a temática da função social do contrato desdobra-se em duas perspectivas: a função social interna e a função social externa do contrato. Sobre esta última, Nelson Rosenvald[315] o compreende como reflexo da eficácia do negócio jurídico propriamente dito perante a comunidade, transcendendo (como se espera) à polarização das partes nele envolvidas, ao tempo que a função social interna do contrato se entende mais com o princípio da boa-fé contratual e as conseqüentes repercussões da *standardização* das condutas esperadas.

Nesse raciocínio, também se destaca interessantíssima reflexão sobre as figuras do terceiro ofendido e do terceiro ofensor, que surgem como resultado inexorável do processo de funcionalização do contrato. A propósito, Teresa Negreiros posiciona-se no sentido de que na responsabilidade contratual e extracontratual também sejam incluídos terceiros lesados pelo descumprimento de obrigações eventualmente assumidas neste âmbito. Nas palavras dela:

> o princípio pelo qual os efeitos do contrato só se produzem *inter partes* deverá ser interpretado de forma a que no conceito de 'parte' sejam se incluam pessoas que não consentiram na formação do contrato, mas que estão sujeitas a ser por ele afetadas, precisamente no que se refere à sua função social[316].

Com efeito, seria contraditório considerar que o contrato, sobre o qual incidem os princípios da função social e da boa-fé objetiva, permaneceria alheio às ocorrências externas por ele provocadas.

Por outro lado, também se destaca a figura do terceiro ofensor. Segundo Nelson Rosenvald, "a violação do dever de proteção é igualmente visualizada quando um terceiro contribui para o descumprimento de uma relação obrigacional em curso"[317]. Ou seja, de acordo como o que propugna o princípio da função social do contrato, da mesma forma que o

---

[315] ROSENVALD, Nelson. A função social do contarato. In: TARTUCE, Flávio; HIONAKA, Giselda (cords). **Direito Contratual – temas atuais**. São Paulo: Método, 2007, p.88.

[316] NEGREIROS, Teresa. **Teoria Geral do contrato**: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.231.

[317] ROSENVALD, Nelson. **Dignidade da pessoa humana e o princípio da boa-fé no Código Civil.** Coleção Prof. Agostinho Alvim. São Paulo: Saraiva, 2007, p.113.

terceiro que não participou da fase de formação do contrato tem direito à proteção pelos eventuais prejuízos experimentados em razão deste vínculo, é coerente que os terceiros ofensores também sejam responsabilizados não propriamente por uma prestação convencionada, mas pela ofensa a um dever de conduta imposto pelos princípios da boa-fé e função social:

> terceiros não podem ser credores ou devedores de prestações em contratos que não foram partes. Todavia, eles podem ser credores ou devedores de deveres de conduta – sobretudo de proteção -, pois a complexidade de qualquer obrigação exige que no processamento da relação jurídica as partes não possam lesar a sociedade ou por elas ser lesadas. Há uma via de mão dupla que demanda um atuar dos contratantes para o bem comum, assim como um agir da sociedade que não sacrifique o bem individual, considerando solidário em relação aos bens dos demais[318].

Admite-se, portanto, que a função social é princípio do direito contratual por que revela, de acordo com a teoria de Robert Alexy, um "mandado de otimização"[319], ao passo que determina que os negócios se realizem da melhor forma possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas que lhe surgem.

Observa Miguel Reale que é natural que se atribua ao contrato uma função social, a fim de que este seja concluído em benefício dos contratantes, sem implicar qualquer conflito com o interesse público. Pois bem. Segundo o autor, o fato é que este princípio também representa "grande limitação ao poder negocial"[320], ao tempo em que seu objetivo principal é se certificar se está em jogo algum valor social que deva ser preservado, pelo bem da sociedade.

Tratando-se especialmente de contratos, não se pode olvidar que este não pode ser entendido somente em si mesmo, porque reflete uma realidade econômico-social que vai muito além de um simples instrumento jurídico. Corrobora com esta reflexão Mariana Ribeiro Santiago, ao defender que

> o conceito de contrato remete à ideia de operação econômica, que resume as situações, as relações e os interesses que constituem a substância real de qualquer contrato, que nunca é constituído com o fim em si mesmo, mas, com vista e em função da operação econômica, da qual representa a veste exterior, sendo que, sem essa operação econômica, não pode haver contrato[321].

---

[318] Ibidem, p.115.

[319] *Apud* SANTOS, Eduardo Sens do. O Novo Código Civil e as cláusulas gerais: exame da função social dos contratos. In: NERY JUNIOR, Nelson (coord.). **Revista de Direito Privado**. Ed. Revista dos Tribunais. Ano 03. Abril – Junho/ 2002, p.31.

[320] REALE, Miguel.**Função Social do contrato**. Disponível em: <www.miguelreale.com.br/artigos/funscont.htm> Acesso em: 13 ago 2010.

[321] SANTIAGO, Mariana Ribeiro. **O princípio da função social do contrato**. Curitiba: Juruá, 2005, p.93.

É inserido nessa conjuntura que se reconhece a função econômica do contrato exatamente como é visualizada atualmente, tendo repercussões no plano individual como no plano social, o que permite entender a função social do contrato de forma paralela à sua função individual. Nesse raciocínio, revela-se incoerente refletir acerca dos aspectos ínsitos ao princípio da função social do contrato sem imaginar os seus efeitos naquilo que informa o princípio da autonomia privada, intrinsecamente relacionada ao aspecto da liberdade de contratar. Atenta a isso, Mariana Ribeiro Santiago explica: "o contrato munido de função social vem novamente exercer esse papel civilizador, limitando a função individual do contrato calcada na autonomia da vontade, num momento em que paira entre os homens uma violência que não é física, mas, econômica e moral"[322].

Ora, realizando-se a função social, econômica e até individual do contrato também a partir do que se entende sobre a autonomia privada, sendo ela a manifestação do direito à liberdade e corolário da dignidade humana - portanto, impossível de ser erradicada do ordenamento – não quer dizer que não possa ou não deva sofrer limitações. Na visão de Leonardo Mattieto, "a presença, no sistema normativo, de um princípio da função social acarreta uma transformação do conceito de contrato: o esquema que enfatiza o acordo de vontades cede lugar a um novo perfil desse instituto, assentado sobre a convicção de que o programa decorrente da autonomia privada não é autotélico – vale dizer, não é completo, nem fechado"[323].

Evita-se, desta forma, que o próprio exercício desta liberdade resulte em agressões à própria dignidade humana.

Assim também entendem Guilherme Calmon Nogueira da Gama e Daniel Queiroz Pereira, ao afirmarem que "a função social não é simples limite externo ou negativo à autonomia privada, mas limite positivo, além de determinação do conteúdo da liberdade de contratar"[324].

Há quem diga que, na verdade, o novo diploma civil não funcionaliza o contrato, mas a liberdade contratual, pondo em nível condicionante o exercício da liberdade de contratar, que é princípio geral contratual, ao que o Código Civil denomina de razão e limites da função social. Na opinião de Paulo Nalin, "cláusula geral que é, caberá ao intérprete apontar o sentido e a função do princípio do contrato moderno, que é o da liberdade contratual"[325]. Segundo ele, "melhor seria manter a liberdade contratual em razão e nos

---

[322] Ibidem, p.96.

[323] MATTIETO, Leonardo. Função Social e Relatividade do contrato: um contraste entre princípios. In: AIQUEL, Luiz Antônio Duarte; PAIXÃO, Marco Antônio C. **Revista Jurídica**. Ano 54, nº 342, Editora Finte do Direito, abril de 2006, p.38.

[324] GAMA, Guilherme Nogueira da; PEREIRA, Paulo Queiroz. Função Social do Contrato. In: GAMA, Guilherme Nogueira da. (coord.). **Direito Civil:** Aspectos sociais I. São Paulo: Atlas, 2007, p.84.

[325] NALIN, Paulo. A função social do contrato no futuro Código Civil brasileiro. In: Nelson Nery Junior (coord.). **Revista de Direito Privado**. Ano 03. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.56.

limites da função social do contrato, conquanto esta se apresente, de fato, como a essência da nova contratualidade"[326].

Vislumbra-se, portanto, latente – porém justificável – certa incompatibilidade entre a função exclusivamente individual, predominante em outros tempos, e os novos valores constitucionais irradiados contemporaneamente. Nesse aspecto, o princípio da função social, em seu aspecto marcadamente solidário, é a solução. Tanto é que, à medida que impõe limites às práticas egoístas (ou mesmo abusivas), também assegura o respeito aos interesses coletivos, sem olvidar o que informa o princípio da dignidade humana.

É fundamental a afirmação de que essa limitação não vem restringir o direito das pessoas em livremente formalizarem o pacto contratual da maneira que melhor lhes convier, mas que o instrumento contratual seja aquele que viabiliza uma perfeita harmonização entre os seus interesses pessoais e os interesses sociais. Não é à toa que o contrato passa a ser interpretado em conformidade com o princípio da função social, atuando como diretriz interpretativa para aplicação de outras normas aos casos concretos que variam inevitavelmente, sem esquecer de considerar o contexto constitucional brasileiro.

Em verdade, o que transparece ser realmente proposto nessa questão é que, mesmo havendo uma relação jurídica entre as partes envolvidas, os seus interesses poderão ser alcançados na medida desejada, desde que não estejam em desacordo com os interesses da coletividade[327].

---

[326] Ibidem, p.57.

[327] Entretanto, há quem diga que o princípio da função social dos contratos não se resume somente a este plano. O Código Civil vigente também faz referência à função social no artigo 2.035, que assim dispõe: "a validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores [...]. Parágrafo Único: Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos". O que se observa, diante do exposto, é que o princípio da função social dos contratos também pode restar incluído no plano de validade dos negócios jurídicos. Em termos práticos, pode-se concluir que, além de outras possíveis consequências jurídicas, o desrespeito a este princípio importará na violação aos preceitos de ordem pública, resultando na consequente invalidade do negócio jurídico. Há ainda quem entenda que o princípio da função social insere-se não somente no plano da validade, como também no plano da eficácia dos negócios jurídicos. Nesta linha, basta imaginar a hipótese supracitada para compreender que a simples verificação de que houve violação à funcionalidade social pretendida implica na ineficácia do contrato. Acrescente-se a esta hipótese também o fato de que a função social do contrato não se limita apenas ao momento inicial da sua formação, estando certo de que também envolve o momento posterior à sua celebração. Com efeito, sobre o assunto, preferimos acompanhar o posicionamento de Eugênio Kruschewsky que, considerando o fato de que o artigo 2.035 encontra-se disposto nas disposições finais e transitórias do Código Civil, explica o significado da sua característica como um princípio de ordem pública: "criando uma espécie de atração que permitirá interferência mesmo no que poderia ser chamado de ato jurídico perfeito, ou seja, nos pactos celebrados à luz do Código anterior, de 1916, desde que sua execução venha a contrariar a função social reservada aos contratos, não prevista na lei substituída" (KRUSCHEWSKY, Eugênio. **Teoria Geral dos Contratos Civis**. Salvador: JusPodivm, 2006, p.5).

A despeito de tais considerações, importa asseverar que não desaparece, repita-se, a função individual do contrato enquanto fonte de direito subjetivo e individual, ao passo em que apenas deve atender à proibição legal de não lesar os interesses da sociedade, que se revelam superiores.

É incontestável o alargado alcance que o contrato possui, mais do que seu simples conceito pode indicar. A utilidade e importância do contrato como instrumento jurídico é capaz de acompanhar as mais diversas circunstâncias que os princípios que o cercam podem tocar, seja com finalidade interpretativa, seja com finalidade solidária, seja com finalidade limitativa. A verdade é que o ideal proposto pela função social dos contratos favorece sua elevação como um elemento de eficácia social, capaz de variar conforme as exigências e circunstâncias do caso concreto.

Tanto é que, como se sabe, o princípio da função social não foi implementado no ordenamento brasileiro como norma jurídica casuística, apegada às amarras da lei. Ao contrário, o legislador do Código de 2002 optou pela utilização da moderna técnica da cláusula geral, o que remete a uma necessária reflexão acerca do controle da função social a partir de uma repartição de papéis entre legislador e juiz[328].

Assim entendem Nelson Nery Junior e Ana Maria de Andrade Nery, ao afirmarem que a vantagem da cláusula geral é justamente dar maior mobilidade à codificação,

---

[328] Saliente-se que "o recurso às cláusulas gerais contratuais não é uma novidade trazida pelo Código Civil de 2002. O Código de 1916 á as possuía, ainda que em quantidade mais restrita. O próprio Código de Defesa do Consumidor também fez uso da técnica legislativa das cláusulas gerais. Inova o Código de 2002 na disseminação das aludidas cláusulas ao longo de um texto com incidência e repercussão generalizada em toda a sociedade, isto é, com alcance positivo e prático sem precedentes. [...]. Não se pode, contudo, confundir a utilização das cláusulas gerais, em oposição à técnica dos tipos legais cerrados que incidem sobre *fattispecies* definidas, com a distinção que hoje se faz entre princípios e regras. [...]. No caso da função social do contrato, tem-se uma cláusula geral que também consiste em um princípio" (Cf. GAMA, Guilherme Nogueira da; PEREIRA, Paulo Queiroz. Função Social do Contrato. In: GAMA, Guilherme Nogueira da. (coord.). **Direito Civil:** Aspectos sociais I. São Paulo: Atlas, 2007, p.80-81). Nessa linha, Adriana Mandim Theodoro de Mello, referindo-se às cláusulas gerais no novo Código Civil, afirma que "especificamente no que tange à teoria geral dos contratos, a técnica legislativa da estipulação da cláusula geral foi manejada seguindo a tendência das modernas legislações ocidentais, justamente para limitar a autonomia das partes na estipulação das obrigações contratuais, na produção do que se costumou conceituar como lei privada. A despeito das críticas que se fazem aos artigos 421 e seguintes do novo Código Civil, os quais tratam de regras gerais aplicáveis a todos os contratos, eles trazem em seu bojo exatamente as questões mais polêmicas que ocuparam as mentes dos maiores pensadores do direito contratual do século XX, quais sejam: a) limitação da autonomia da vontade como força originária do direito entre as partes contratantes; b) o interesse social e o princípio da boa-fé como parâmetros dessa limitação; c) a consideração da desigualdade das partes para aferição da liberdade e validade da declaração" (MELLO, Adriana Mandim Theodoro de Mello. A função social do contrato e o princípio da boa-fé no Código Civil Brasileiro. Disponível em <www.robertotexto.com/.../artigos. Acesso em 14 nov 2010).

deixando-a viva e sempre atualizada, "prolongando a aplicabilidade dos institutos jurídicos, amoldando-se às necessidades da vida social, econômica e jurídica"[329].

O Enunciado 22 do Conselho de Justiça Federal, inclusive, em atenção a essa realidade, preceitua que "a função social do contrato, prevista no artigo 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral que reforça princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas".

Daí a necessidade de o ordenamento conter dispositivos proibitivos suficientemente amplos para que bem integrem a cada caso concreto, que sempre serão diversos em relação à pura estipulação normativa[330]. De fato, esta elasticidade somente é possível a partir da previsão de cláusulas gerais, o que permite inferir que andou bem o legislador infraconstitucional ao consagrar a norma do artigo 421 como uma cláusula geral que confere notória abrangência do princípio da função social dos contratos.

A despeito da grande maleabilidade assegurada pela lei à cláusula geral da função social do contrato, garantindo a sua aplicação nos mais variados casos, há que se considerar, em contrapartida, certa limitação a este princípio. Hamilton Andrade Neto, em observação ao texto legal, mais especificamente os artigos 187 e 422 do Código Civil, que estabelecem restrições, respectivamente, aos atos jurídicos e aos contratos. Segundo o autor, a determinação do artigo 187, que estabelece que "também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes", sugere que o rompimento destas fronteiras caracteriza o cometimento de ato ilícito por parte do titular do direito subjetivo. Ou seja, o contratante que, mesmo no exercício do seu direito previsto em contrato, exceder os limites impostos pelo seu fim social cometerá ato ilícito, "justificando, portanto, a análise e intervenção pelo Poder Judiciário para o ajustamento do contrato aos limites sociais, conforme os termos do artigo 421 do Código Civil"[331].

É com o que concorda Rosalice Fidalgo Pinheiro ao afirmar a ligação das noções de função social e do abuso do direito, considerando que o que se entende por liberdade deve

---

[329] NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Ana Maria de Andrade. **Código Civil anotado e legislação complementar**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p143.

[330] Atenta a isso, Mariana Ribeiro Santiago assim explica esta dinâmica: "o legislador, através do dirigismo contratual, elabora normas precisas, coativas, que proíbem (proibitivas) ou ordenam (ordenativas) a prática de determinados atos, no intuito de impedir o desrespeito à ordem pública e aos bons costumes. Mas, tendo em vista a evolução do panorama econômico-social, torna-se necessária a participação do juiz nesse processo de controle das operações contratuais, para que proceda a uma aplicação justa da norma ao caso concreto" (SANTIAGO, Mariana Ribeiro. **O princípio da função social do contrato**. Curitiba: Juruá, 2005, p.115).

[331] ANDRADE NETO, Antonio Hamilton de Castro. Algumas considerações sobre a evolução do contrato e de sua função social. In: ARRUDA ALVIM, Angélica; CAMBLER, Everaldo Augusto (coords.). **Atualidades de Direito Civil**. v. 1. Curitiba: Juruá, 2006, p.40.

pressupor limites. Segundo ela, a "funcionalização não significa outra coisa senão no reconhecimento de limites que se estabelecem para o exercício de faculdades subjetivas"[332].

À guisa de um desfecho, pode-se afirmar, dentre outras reflexões, que não é possível conceber que os contratos se prestem a outras finalidades que não sejam essas resultantes da conjunção do interesse privado com o interesse coletivo. Evidencia-se a importância da função social do contrato como uma cláusula geral, com efeitos de materialização dos princípios gerais do direito, na medida em que propicia a redução do alcance da autonomia da vontade como um recurso de preponderância dos interesses individuais e de terceiros em detrimento da coletividade.

Amparando-se na relevância do que se afirma, vale dizer que a função social do contrato busca, por excelência, promover equilíbrio satisfatório às relações contratuais, aproximando-as do que busca o Direito, por meio da concretização do princípio da dignidade humana.

Já Eduardo Sens dos Santos prefere atrelar o princípio da função social à noção de equilíbrio contratual, admitindo existir uma interdependência necessária entre estes preceitos, e bem pondera que

> todo direito tem uma função social, pois só existe para ele e pela sociedade. Não há que se admitir um direito que não cumpra uma função dentro da sociedade e uma função que conteúdo ao direito, direcionando-o e informando-lhe a interpretação. [...]. A função social do contrato tem, nesse sentido, justamente por ser 'social', o claro objetivo de garantir o equilíbrio dos pactos, equilíbrio esse que, como já se examinou anteriormente, deve ser determinado objetivamente[333].

Vale dizer, os contratos tutelados pelo ordenamento serão aqueles que obedecerem e cumprirem fielmente a sua função social.

3.3.2.2 Equivalência material

O princípio da equivalência material, também conhecido como princípio do equilíbrio contratual, indiscutivelmente adotado pelo Código Civil de 2002[334], revela-se um

---

[332] PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Abuso do direito e as relações contratuais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.178-179.

[333] SANTOS, Eduardo Sens do. O Novo Código Civil e as cláusulas gerais: exame da função social dos contratos. In: NERY JUNIOR, Nelson (coord.). **Revista de Direito Privado**. Ed. Revista dos Tribunais. Ano 03. Abril – Junho/ 2002, p.28-29.

[334] Aliás, Camila Lemos Azi explica que o diploma civil atual adotou uma série de dispositivos que visam coibir a prática da lesão, entre outras regras que permitem a revisão contratual em razão de onerosidade excessiva superveniente (AZI, Camila Lemos. **O princípio da equivalência material das**

dos marcos teóricos que mais se aproximam da influência da sistemática jurídica atualizada, que reascende a preocupação com o estudo dos princípios, sobretudo os novos princípios contratuais.

O fundamento de equilíbrio dos contratos, por si só, não é suficiente para garantir a renovação deste ramo do direito, posto que absolutamente todos os princípios contratuais devem atuar conjuntamente nessa tarefa. Entretanto, não há como negar a influência do princípio da equivalência material na possibilidade de revisão e resolução dos contratos. A despeito de tais considerações, segundo a autora acima referenciada, são fundamentos constitucionais do princípio da equivalência material o princípio da equivalência material a dignidade da pessoa humana - já que o contrato, enquanto mecanismo de circulação de bens, "colabora para a promoção da dignidade da pessoa humana não sendo um instrumento de disseminação de desigualdades, tanto que o art. 170 da Constituição, ao tratar da ordem econômica, estipula que o objetivo precípuo desta é o de assegurar a todos existência digna"[335] - e o princípio da igualdade, que "tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça contratual, e buscar, dentre outros objetivos, a redução das desigualdades sociais e regionais"[336].

Expressa-se o princípio da equivalência material na promoção do equilíbrio real de direitos e deveres no contrato, antes, durante e após sua execução. De fato, somente os princípios contratuais sociais revelam-se capazes de manter o vínculo de dependência recíproca entre as partes de um contrato bilateral, estejam elas movidas por interesses contrapostos ou paralelos.

O princípio em referência tem lugar quando se analisa que, em contraposição ao clássico, o direito civil moderno finalmente se volta à preocupação com o equilíbrio entre os sujeitos nas relações interprivadas. Assim, se antigamente bastava a igualdade formal entre os contratantes para alcançar uma suposta justiça contratual (já que a celebração do contrato era fruto da livre convenção negocial das partes), contemporaneamente já não se aceita mais esta realidade diante das diversas formas de desigualdade social e econômica presentes na sociedade.

Assim, ao dar início a um verdadeiro processo de revalorização do indivíduo, abandonando aos poucos os aspectos puramente patrimoniais, finalmente se percebeu que para que uma relação obrigacional seja social e juridicamente compatível com o novo contexto civil-constitucional, é necessário que os interesses dos contratantes estejam em harmonia e que haja equilíbrio entre as prestações e contraprestações convencionadas. É nesse raciocínio que se infere a importância do princípio da equivalência material, já que em razão deste e de algumas intervenções do Estado nas relações contratuais, atualmente o Código Civil possui uma série de dispositivos que promovem efetiva igualdade entre as partes.

---

prestações no novo Código Civil. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Salvador, 2004).

[335] AZI, Camila Lemos. **O princípio da equivalência material das prestações no novo Código Civil**. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Salvador, 2004, p.108.

[336] Ibidem, p.110.

Assim, a teoria da imprevisão[337] (artigos 317 e 478 a 480 do Código Civil) e os institutos da lesão[338] (artigo 156 do Código Civil) e do estado de perigo[339] (artigo 157 do Código Civil) permitem a constatação de que o princípio da equivalência material relativiza o clássico postulado do *pacta sunt servanda*, segundo o qual, uma vez estabelecidas as condições do negócio, estas possuem força obrigatória e devem ser cumpridas a qualquer custo, independentemente da realidade fática apresentada. Em verdade, esta regra permanece, mantendo o contrato como obrigatório, desde que sejam respeitados os limites do equilíbrio material entre as prestações. Em outras palavras, o princípio da obrigatoriedade foi abrandado, mas não desapareceu[340].

É de se anotar, diante do exposto, a lição de Paulo Luiz Netto Lôbo sobre o princípio social da equivalência material nos contratos e sua repercussão no princípio clássico do *pacta sunt servanda*:

> esse princípio preserva a equação e o justo equilíbrio contratual, seja para manter a proporcionalidade inicial dos direitos e obrigações, seja para corrigir os desequilíbrios supervenientes, pouco importando que as mudanças de circunstâncias pudessem ser previsíveis. O que interessa não é mais a exigência cega de cumprimento do contrato, da forma como foi assinado e celebrado, mas se sua execução não acarreta vantagem excessiva para uma das partes e desvantagem excessiva para outra, aferível objetivamente, segundo as regras da experiência ordinária. O princípio clássico do *pacta sunt servanda* passou a ser entendido no sentido de que o

---

[337] Aplicável tanto aos contratos de trato sucessivo, como aos contratos a termo, na teoria da imprevisão, na hipótese de superveniência dos acontecimentos imprevisíveis e extraordinários, que tornem a prestação excessivamente onerosa para um dos contratantes e extremamente vantajosa para o outro, é possível pedir a resolução do contrato (art.478) ou a revisão (art. 480) de seus termos, para restabelecer o equilíbrio econômico entre a prestação e a contraprestação.

[338] Configura-se lesão quando uma das partes obtém uma vantagem desproporcional, em prejuízo da parte que contratou por inexperiência ou diante de uma necessidade urgente. Deve-se levar em conta as condições pessoais do lesado, sendo irrelevantes suas condições econômicas. Na opinião de Judith Martins-Costa, é nesta aplicação que se destaca a imediata correlação entre a revisão dos contratos e o princípio da boa-fé, tendo em vista que o instituto da lesão, conquanto previsto nas Ordenações Filipinas e regulado por Teixeira de Freitas na Consolidação das Leis Civis (art. 359), esteve ausente no Código Civil de 1916, tendo sido reincorporado no Código de Defesa do Consumidor (onde a boa-fé objetiva também mereceu previsão expressa) e, posteriormente, no Código Civil atual. Nas palavras da autora, acerca do instituto da lesão no novo Código: "a lesão introduzida pelo novo Código é um defeito que se instala no momento da conclusão do negócio, já impedindo a formação do sinalagma genético, razão pela qual, no meu entender, pressupõe contrato bilateral e comutativo, mensurando-se o desequilíbrio do contrato em sua totalidade, isto é, não devem ser consideradas apenas as prestações principais" (MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé como modelo (uma aplicação da teoria dos modelos de Miguel Reale). In: BRANCO, Gerson; MARTINS-COSTA, Judith. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 212).

[339] Configura-se estado de perigo quando a parte, premida da necessidade de se salvar, ou de salvar sua família, de um grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação extremamente onerosa. Ou seja, o agente só assume a obrigação por encontrar-se (ou familiar) em perigo.

[340] Aliás, isso nem seria possível em razão do valor da segurança jurídica que, ao lado dos valores éticos e sociais, refuta como de grande importância para a ciência do direito.

> contrato obriga as partes contratantes nos limites do equilíbrio dos direitos e deveres entre elas[341].

Acrescente-se, ainda segundo o autor, que este princípio desdobra-se em dois aspectos: subjetivo, que leva em conta o poder contratual das partes e a presunção legal e absoluta de vulnerabilidade (a exemplo do trabalhador, do inquilino, do consumidor e do aderente do contrato de adesão) e objetivo, que identifica o real desequilíbrio de direitos e deveres contratuais, ou mesmo na eventual mudança de equilíbrio em virtude de circunstâncias supervenientes à celebração do negócio[342].

Em resumo, fundamenta-se o princípio da equivalência material, ou do equilíbrio contratual, na percepção de que já não cabe mais falar em igualdade formal entre as partes de uma relação contratual, segundo a qual a celebração de um contrato implica na obrigatoriedade do seu cumprimento, sem sequer levar em conta as circunstâncias que por ventura impliquem em algum desequilíbrio entre elas. Em termos práticos, manifesta-se na possibilidade de revisão contratual a ingerência do princípio da equivalência material, que prima pela necessidade de preservação do equilíbrio econômico entre as partes contratantes, ainda que um possível desequilíbrio a ser corrigido decorra de um evento superveniente, previsível ou imprevisível.

Vale dizer, diante do exposto, que, embora o ordenamento brasileiro já tenha em muito evoluído na trilha por uma verdadeira justiça contratual, principalmente diante do paradigma renovado pela incidência exitosa dos novos princípios contratuais, ainda há muito que se fazer. Cabe aos operadores do direito a árdua, porém valiosa tarefa de por em prática as possibilidades abertas pelo legislador pátrio, sempre em busca de uma sociedade mais justa e solidária, onde os direitos e deveres possam ser pretendidos e exigidos conforme o ditame constitucional da dignidade humana. Não basta a existência de uma legislação protetiva em sua essência, mas também sua efetividade social.

3.3.2.3 Boa-fé

Os ideais éticos de lealdade, correção, cooperação, honestidade, veracidade e confiança, entre outros que a criatividade humana é capaz de acrescentar diante de cada situação concreta, compõem o princípio da boa-fé, presente no Código Civil de 2002. A verdade é que, segundo Teresa Negreiros, esse princípio geral repercute sobre os demais princípios contratuais, na medida em que todos eles "se assomam ao abuso da liberdade

---

[341] LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Princípios sociais dos contratos no CDC e no novo Código Civil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n.55. Disponível em <http://jus.uol.com.br/revista/texto/2796> Acesso em 17 jan.2011.
[342] Ibidem.

contratual a que tem dado lugar a ênfase excessiva no individualismo e no voluntarismo jurídicos"[343].

Esclareça-se, *a priori*, que aqui está a se falar de um dos princípios mais importantes, não só do direito civil e do direito privado, mas do ordenamento jurídico em geral.

Obviamente, em relação aos contratos, não é diferente. O princípio da boa-fé se opera sob diversas roupagens e em todos os momentos da relação jurídica, desde a primeira etapa da negociação (fase pré-contratual), passando pela execução da obrigação pactuada, até o instante posterior à resolução do contrato (fase pós-contratual). Nestas fases, como se sabe, o princípio em referência revela-se como verdadeira fonte de deveres e de limitação dos direitos subjetivos dos próprios contratantes.

É de se registrar, nesse particular, que o legislador assumiu posição intermediária entre a proteção aos interesses individuais das partes contratantes e a imposição de socialização e eticidade nos contratos, procurando sempre combinar as pretensões dos primeiros às exigências do segundo. De fato, o legislador infraconstitucional preferiu valer-se de cláusulas abertas propícias a soluções amplas e coletivas capazes de promover verdadeira igualdade entre os contratantes, notadamente em razão da sua plasticidade e flexibilidade para aplicação no caso concreto[344].

Não foi à toa que restou inserido o dispositivo correspondente ao princípio da boa-fé objetiva na letra do artigo 422 do Código Civil atual, imediatamente após a referência expressa à cláusula geral da função social dos contratos. Esta é a redação do artigo 422 do atual diploma civil: "os contratantes são obrigados a guardar, assim, na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé".

Acrescente-se que o critério básico para solução de tamanha abertura é o comportamento social que honestamente se espera de um homem médio diante de uma dada situação. Ao destacar a ampla atuação do princípio da boa-fé na seara contratual, Carlos Alberto de Arruda Silveira faz questão de identificá-lo como fonte interpretativa dos contratos em geral. Segundo ele, a boa-fé contratual traduz-se no dever que tem cada contratante de agir conforme as legítimas expectativas da contraparte, devendo este comportamento prevalecer em absolutamente todas as fases do negócio, desde as tratativas, passando pela execução da avença, até a sua conclusão[345].

---

[343] NEGREIROS, Teresa. **Teoria Geral do contrato**: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.116.

[344] REALE, Miguel. **Função Social do contrato**. Disponível em: <www.miguelreale.com.br/artigos/funscont.htm> Acesso em: 13 ago 2010.

[345] SILVEIRA, Carlos Alberto de Arruda. **Contratos**. 2. ed. Leme: Editora de Direito, 1999.

A propósito, nada mais razoável neste momento da pesquisa do que destacar a explicação de Maria Helena Diniz, quando aduz a autora que se trata, na realidade, de uma "norma que requer o comportamento leal e honesto dos contratantes, sendo incompatível com quaisquer condutas abusivas"[346]. É neste sentido que a boa-fé objetiva visa consagrar, em toda e qualquer relação obrigacional, a confiança necessária ao equilíbrio das prestações pactuadas pelos agentes contratantes. Assim, acrescenta a autora, poderá haver uma justa distribuição dos riscos e encargos do negócio, evitando enriquecimento indevido ou mesmo que sejam divulgadas informações sigilosas pertinentes ao contrato pactuado, dentre outras questões.

A verdade é que, com o passar do tempo, a conotação originária da boa-fé em seu sentido primordial – ou seja, subjetivo - é alterada e passa a ser utilizada para indicar diferentes situações. Tal alteração se dá principalmente em virtude da compilação de Justiniano (*Corpus Iuris Civilis*), que "dilui o conceito de boa-fé, tanto horizontal quanto verticalmente"[347] Horizontalmente se deu, por exemplo, com a utilização da boa-fé no campo dos direitos reais, em sua compreensão como requisito do usucapião, para demonstrar o estado de ignorância por parte do beneficiário. Por outro lado, verticalmente, amplia-se o significado de boa-fé dentro do âmbito do direito obrigacional, já que trouxe em seu bojo exigências de justiça, equilíbrio, lealdade e honestidade[348].

Assim, superadas as considerações iniciais acerca da amplitude do princípio da boa-fé, em especial nas relações contratuais, cumpre salientar que tal princípio admite desdobramentos. Na realidade, a boa-fé costuma ser dividida pela doutrina em boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva. Por hora, entretanto, cumpre-nos apontar as distinções entre elas, inclusive para fixação de alguns aspectos e distinções importantes.

No que tange à boa-fé subjetiva, vale dizer que sua aplicação sempre esteve prevista no ordenamento jurídico brasileiro à época do Código Civil brasileiro de 1916. De cunho marcadamente individualista, como já se sabe, o antigo diploma civil reservava a noção de boa-fé tão somente seu aspecto subjetivo, no sentido de conhecimento (ignorância) do indivíduo a respeito de determinada circunstância. Interessava, pois, de acordo com a noção subjetiva que se tinha da boa-fé, se o indivíduo tinha conhecimento ou não a respeito de determinada informação para, então, concluir pela boa ou má-fé presente em sua consciência no momento da prática de determinado ato.

Visualiza-se a boa-fé subjetiva no contexto de uma relação jurídica levando em conta o estado de ignorância do indivíduo diante de uma situação jurídica que se apresenta, levando-a a acreditar ser titular de um direito ou de uma posição jurídica que, na realidade,

---

[346] DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: obrigações contratuais e extracontratuais. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p.44.

[347] PADOIN, Fabiana Fachineto. **Os direitos fundamentais nas relações contratuais**. Porto Alegre: Nuria Fabris Editora, 2009, p.72.

[348] MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **Tratado de Direito Civil Português**: parte geral. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

não tem, posto que só existe na aparência, na sua crença. Observa Fernando Noronha que esta situação de aparência "gera um estado de confiança subjetiva, relativa à estabilidade da situação jurídica, que permite ao titular alimentar expectativas, que crê legítimas"[349]. Oportuna a ressalva, nesse particular, de que também na boa-fé objetiva existe confiança a se tutelar, ainda que sob um prisma distinto do que ora se observa.

É de se acrescentar a indagação de Fernando Noronha acerca da discussão sobre se para se caracterizar a boa-fé objetiva, basta a mera ignorância do interessado sobre a real situação fática ou deve-se exigir que estado de ignorância seja desculpável. Em verdade, não se pode olvidar que, no âmbito da concepção psicológica da boa-fé, o seu contraponto é justamente a má-fé. Ou seja, ou bem o indivíduo realmente desconhece a situação real na qual está inserido, agindo com boa-fé, ou não desconhece determinada informação, agindo de má-fé. Por outro lado, considerando o aspecto ético exigido no caso concreto, no sentido de uma ignorância ao menos desculpável diante da situação, Fernando Noronha entende que esta ignorância ou desconhecimento seria desculpável quando o indivíduo desrespeitasse os deveres de cuidado, de modo que ela estaria de má-fé mesmo quando se pudesse atribuir-lhe um desconhecimento meramente culposo (fruto do comportamento negligente e impulsivo do sujeito), simplesmente por que quem erra indesculpavelmente não poderá ficar na mesma situação de quem erra sem culpa. Nas palavras do autor:

> a nosso ver, não tem de ser necessariamente a opção por uma só das concepções. Dependendo do interesse em jogo e dos valores envolvidos, pode ser que umas hipóteses se contentem com uma concepção meramente psicológica e que outras já exijam a concepção ética. Para destrinçar as hipóteses que caberiam numa e noutra situação, seria necessário fazer um estudo a partir de diversas manifestações concretas da boa-fé subjetiva[350].

Registre-se que o legislador, ao fazer menção da boa-fé no texto do código, ele não se ocupou de indicar qualquer referência expressa acerca do aspecto subjetivo ou objetivo da boa-fé. De fato, atualmente, tanto a boa-fé objetiva como a boa-fé subjetiva podem ser identificadas no texto do Código Civil atual. Não por outra razão, por conseguinte, reservou-se ao intérprete a tarefa de identificar sobre qual aspecto da boa-fé o dispositivo legal quer se referir.

Aliás, ainda no que tange à boa-fé subjetiva, Nelson Rosenvald escreve que não se trata de um princípio, tal como é possível classificar a boa-fé objetiva, "mas sim de um estado psicológico, em que a pessoa possui a crença de ser titular de um direito que em verdade só existe na aparência"[351]. Em termos práticos, é como se esta versão da boa-fé pudesse ser invocada em situações ímpares em que o indivíduo se encontra em estado de erro

---

[349] NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais:** autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994, p.132.

[350] Ibidem, p.135.

[351] ROSENVALD, Nelson. **Dignidade da pessoa humana e o princípio da boa-fé no Código Civil.** Coleção Prof. Agostinho Alvim. São Paulo: Saraiva, 2007, p.79.

ou ignorância sobre a realidade dos fatos, mas que estes ocorrem simplesmente por desconhecimento subjetivo sobre circunstâncias que, na prática, fariam grande diferença.

Também ensinam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho que a boa-fé subjetiva "consiste numa situação psicológica, um estado de ânimo ou de espírito do agente que realiza determinado ato ou vivência dada situação, sem ter ciência do vício que a inquina"[352]. Marcos Bernardes de Mello complementa explicando o sentido que envolve tal instituto, quando escreve: "se refere à ignorância, ao desconhecimento de circunstâncias que envolvam certa situação jurídica"[353].

A par disso, ressalte-se que na boa-fé subjetiva, dada a situação de desconhecimento pelo agente acerca de determinada informação relevante para a formalização de determinado negócio jurídico, existe um vício que torna irregular a aquisição de um determinado direito. Aliás, é comum encontrar, entre os autores da área, exemplos da seara dos Direitos Reais, envolvendo o princípio da boa-fé subjetiva. Em termos práticos, a modalidade subjetiva da boa-fé admite, por antinomia, a conotação da má-fé, que pode ser subentendida como "estado psicológico, estado de consciência caracterizado pela ignorância de se estar a lesar direitos ou interesses alheios, tendo forte atuação nos direitos reais, notadamente no direito possessório, o que vai justificar, por exemplo, uma das formas de usucapião[354].

De fato, a boa-fé subjetiva encontra abrigo nas situações que tratam dos direitos reais, o que é confirmado diante da percepção de Antonio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro:

> a boa-fé surge, com frequência, no espaço civil. Desde as fontes do direito à sucessão testamentária, com incidência decisiva no negócio jurídico, nas obrigações, na posse e na constituição de direitos reais, a boa-fé informa previsões normativas e nomina vectores importantes da ordem privada. As figuras de ponta civilistica estão-lhe associadas: a culpa na formação do contrato, a modificação das obrigações por alteração das circunstâncias e a complexidade do conteúdo obrigacional. Institutos antigos e criações do pensamento jurídico cristão têm-na como referência: a posse, a aquisição de frutos, as benfeitorias e o casamento putativo"[355] (2007, p.17).

No Código Civil pátrio, vale o exemplo do artigo 1.201 do Código Civil vigente: "é de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da

---

[352] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**: contratos – teoria geral. São Paulo: Saraiva, 2005, p.76.

[353] MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do negócio jurídico**: plano de validade. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p.90.

[354] MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.612.

[355] MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p.17.

coisa", dentre outros dispositivos que regulam esta matéria, tais como os artigos 1.214 e 1.219. Logo, pode-se concluir que a noção de subjetividade reservada ao princípio da boa-fé aproxima-se, em verdade, do sentido de conhecimento do sujeito a respeito de determinada situação.

Registre-se, em derradeira análise, que, se aparentemente estes termos se assemelham, ontologicamente eles não se confundem, pois que resta claro o seu distanciamento, na medida em que a boa-fé objetiva consiste em um dever de conduta contratual ativo pautado na obrigação da adoção de comportamentos condizentes com os parâmetros colaboração e reciprocidade, e não de um estado psicológico experimentado pela pessoa do contratante, como informa o sentido subjetivo da boa-fé.

Por fim, uma vez alcançada uma análise suficiente para a pesquisa acerca do quesito boa-fé subjetiva, aproveita-se o ensejo para iniciar o tratamento da boa-fé objetiva de maneira específica, haja vista ser este princípio contratual imprescindível para as análises necessárias ao alcance de uma resposta satisfatória à questão central proposta nesse trabalho dissertativo.

4 A BOA-FÉ OBJETIVA

Neste capítulo, serão demonstradas, com base em tudo o que fora exposto acerca da teoria do abuso do direito e refletido a respeito da teoria contratual contemporânea, as noções conceituais que permeiam a boa-fé objetiva e que revelam a sua atuação como critério delimitador do abuso do direito.

Em verdade, não somente a atuação multifuncional da boa-fé objetiva contribui para que se confirme a notável transformação do direito contratual em face das novas perspectivas constitucionais que compõem o ordenamento jurídico brasileiro. Também os demais princípios contratuais compõem a sincronia da nova teoria contratual, na medida em que se complementam reciprocamente, vez que atuam na garantia da celebração, na boa execução e na conclusão dos contratos.

Muito embora, desde o advento do Código Civil de 2002, o contrato se encontre revestido de incontestável proteção como instituto jurídico, na prática tem revelado que a sociedade, coletiva e individualmente, ainda carece de proteção específica. Inúmeras são as ocorrências de abusividade no âmbito das relações contratuais, ao mesmo tempo em que é difícil a configuração segura de um ato abusivo na prática, vez que o surgimento deste instituto deu-se primordialmente na seara dos direitos reais, em meio aos conflitos envolvendo questões de posse e propriedade. Reside neste particular um dos grandes desafios do operador do direito.

Cumpre registrar que não é por insuficiência de instrumentos jurídicos que se visualiza esta realidade. Pretende-se, ao longo desta pesquisa, demonstrar em que medida a boa-fé objetiva contribui para que o aperfeiçoamento jurídico do direito contratual alcance os efeitos sociais desejados, atuando especificamente na coibição de práticas abusivas de qualquer ordem. Eleva-se a boa-fé objetiva à qualidade de parâmetro limitador nas relações contratuais para que, em atuação conjunta com os princípios da justiça contratual e da função social dos contratos, não haja espaço para manobras ilícitas de qualquer ordem.

Nesse sentido, nada mais razoável do que analisar, com a maior sistematização possível, a boa-fé objetiva, em busca da visualização quanto ao real alcance deste princípio na esteira das relações contratuais.

Inicialmente, serão abordados os aspectos gerais referentes à boa-fé objetiva, desde suas notas conceituais, sua trajetória histórica e o seu significado jurídico. Neste ponto, a intenção é de alcançar suficiente compreensão acerca de sua qualidade de princípio e suas peculiaridades como cláusula geral.

Uma vez superados os esclarecimentos essenciais sobre o tema, a pesquisa se voltará à demonstração das funções interpretativa, integrativa e restritiva da boa-fé objetiva. Nesse particular, merecerá destaque a lição de que a boa-fé objetiva não se esgota tão somente no seu caráter ético ao impor a padronização dos comportamentos sociais, mas irradia, sobretudo, uma conotação técnico-jurídica, capaz de atuar na sistematização destas condutas a ponto de influenciar na efetiva compreensão do instrumento contratual.

Todas estas considerações serão de especial importância para compreensão conceitual e dogmática da boa-fé objetiva. Sem dúvida, o passo decisivo na visualização desta como parâmetro delimitador do exercício regular do direito, atuando como critério decisivo na configuração de um ato abusivo.

4.1 NOÇÕES CONCEITUAIS

Contrariamente a boa-fé subjetiva, segundo a qual interessa o âmago do indivíduo em um sentido puramente voltado à moral quando se analisa o seu saber sobre algo, a boa-fé objetiva analisa o comportamento exigido ao indivíduo pela sociedade, sem interessar o seu sentimento interno ou mesmo as razões que lhe fizeram agir daquela forma.

A boa-fé objetiva, tal qual todos os princípios sociais da teoria moderna dos contratos, não se sujeita a uma única definição. Aliás, a polissemia do termo "boa-fé" deve implicar no desapego dos estudiosos quanto à sua conceituação em definitivo, já que o grande desafio relacionado à boa-fé concerne à sua mais exata concreção[356].

---

[356] (LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997). Neste sentido, também vale o acréscimo de Nelson Rosenvald ao preocupar-se com a necessidade de apartar a boa-fé das noções de equidade e bons costumes: "o princípio da boa-fé é justificado sistematicamente, sendo capaz de enunciar casos concretos. Por outro turno, a equidade ignora regras técnicas e instrumentais, pois apela a 'sentimentos jurídicos', tratando de um princípio que permite ao aplicador da norma a possibilidade de abrandar o seu rigor, aproximando o direito à ideia de justiça. Comparativamente aos bons costumes, os requisitos de boa-fé são mais rígidos, pressupondo uma especial confiança entre as pessoas que intervém na relação jurídica concreta. Já os bons costumes remetem a algo exterior ao direito e limitativo à autonomia privada, já que, ao contrário da boa-fé, ela não prescreve comportamentos, mas proscreve condutas ofensivas à moral média. Enfim, nem toda infração à boa-fé é contrária aos bons costumes, mas a

De uma coisa, porém, se tem certeza: a boa-fé objetiva representa, de acordo com o modelo atual de contrato, o valor da ética, manifestada em condutas compatíveis com a lealdade, correção e honestidade, trazendo à reboque a realização da cláusula geral da dignidade da pessoa humana no âmbito das relações contratuais. Nada mais razoável que afirmar que se assenta na boa-fé objetiva a fundamentação constitucional do ditame que determina a busca da construção de uma sociedade justa, solidária e igualitária, na medida em que torna a pessoa participante de uma comunidade, e não como um ser isolado com vontades soberanas sobre si mesmo. É o que entende Teresa Negreiros:

> a incidência da boa-fé objetiva sobre a disciplina obrigacional determina uma valorização da dignidade da pessoa, em substituição à autonomia do indivíduo, na medida em que se passa a encarar as relações obrigacionais como um espaço de cooperação e solidariedade entre as partes e, sobretudo, de desenvolvimento da personalidade humana[357].

É também no que insiste Judith Martins-Costa, defensora da ideia de que as relações obrigacionais, marcadas por muito tempo pelo egoísmo e individualismo, finalmente concretizam-se não somente os deveres avençados, mas principalmente de solidariedade social[358].

Outrossim, baseando-se na concepção delvechiana sobre o conceito de ética, Romualdo Batista dos Santos analisa que o sentido objetivo da boa-fé tem ligação direta com os possíveis comportamentos que um homem pode guardar em relação aos outros seres humanos. Segundo ele, estaria este conceito de ética voltado ao que hoje se entende por dignidade humana, definindo a boa-fé objetiva com base no agir do ser humano em relação ao outro, portando-se com a mesma lealdade e correção que espera da outra parte. Mais que isso. O autor ainda ensina que a distinção entre a boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva auxilia na

---

recíproca não é verdadeira, pois toda conduta imoral representa uma ofensa à boa-fé" (ROSENVALD, Nelson. **Dignidade da pessoa humana e o princípio da boa-fé no Código Civil.** Coleção Prof. Agostinho Alvim. São Paulo: Saraiva, 2007, p.82). Também é o que analisa Newman de Faria Debs acerca dos vários significados que o termo sugere: "o termo boa-fé é plurívoco, admitindo diversas interpretações, ora conotando, na linguagem coloquial, o dever genérico de agir de forma correta; ora signficando a ideia jusnaturalista do estado de consciência caracterizado pela ignorância de se estar a lesar direitos ou interesses alheios (boa-fé subjetiva), ora referindo-se a um critério de interpretação dos negócios jurídicos ou a uma norma de conduta que impõe aos participantes da relação obrigacional um agir pautado pela lealdade, colaboração e consideração à contraparte (boa-fé objetiva)" (DEBS, Newman de Faria. Algumas reflexões sobre o princípio jurídico da boa-fé no mundo contemporâneo. In: In: CASTILHO, Ricardo; TARTUCE, Flavio (coords.). **Direito Civil**: direito patrimonial e direito existencial. Estudos em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. São Paulo: Método, 2006, p.252).

[357] NEGREIROS, Teresa. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.281-282.

[358] MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social entre *cosmos* e *táxis:* a boa-fé nas relações de consumo. In: MARTINS-COSTA, Judith. **A reconstrução do direito privado**: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

efetiva compreensão do conceito de ética em referência, que se divide em direito e moral. Em sua lição, na medida em que a boa-fé subjetiva intenta avaliar o estado introspectivo do indivíduo e a boa-fé objetiva exige uma conduta positiva dos sujeitos em suas relações jurídicas, revela-se nesta separação a diferença entre direito e moral, como desdobramentos da ética[359].

Atento ao problema conceitual da ética, Miguel Reale discorda da acepção de ética proposta por Del Vecchio, que bifurca a ética em dois ramos, quais sejam, a Moral e o Direito. Por outro lado, concorda com ele ao referir-se ao problema do valor da conduta e do valor da ação do homem quanto ao bem a ser realizado, reconhecendo o problema da experiência jurídica como um momento da vida ética: "o direito, como experiência humana, situa-se no plano da ética, referindo-se a toda problemática da conduta humana subordinada a normas de caráter obrigatório"[360]. É inegável, diante do exposto, que o Código Civil atual trouxe em seu bojo regras nas quais se funda a exigência da eticidade nas relações jurídicas em geral, patrimoniais ou não, haja vista que se destinam a garantir a proteção da dignidade das pessoas nelas envolvidas, direito que a própria Constituição Federal lhes reconhece. É exatamente com o que concorda o insigne jurista ao afirmar que o novo Código Civil, diversamente do Código de 1916, em muito evoluiu ao indicar parâmetros como boa-fé e a probidade, e revelou-se pródigo em inserir a exigência de eticidade nas condutas, atuando como um dever jurídico positivo.

Alheia a este tipo de reflexão específica, porém atenta à dupla face do princípio da confiança, composta pela correlação ente os princípios da lealdade e da boa-fé objetiva, Judith Martins-Costa concorda que, ao analisar o novo contexto criado pelo Código Civil de 2002:

> em vários artigos pode-se observar, como uma das mais salientes características do novo texto civil, a valorização dos pressupostos éticos na ação dos sujeitos de direito, seja como consequência da proteção da confiança que deve existir como condição *sine qua non* da vida civil, seja como mandamento de equidade, seja, ainda, como dever de proporcionalidade[361].

Com efeito, se a boa-fé objetiva vem mensurar a medida qualitativa da conduta do sujeito diante de determinada situação, é bem verdade que é esta a boa-fé, pautada no

---

[359] SANTOS, Romualdo Baptista dos Santos. Princípios sociais contratuais: autonomia privada, função social e boa-fé objetiva. In: CASTILHO, Ricardo; TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: direito patrimonial e direito existencial (homenagem a Giselda Hironaka). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

[360] REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.37.

[361] MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.133.

princípio da eticidade e nas bases da dignidade da pessoa humana, que verdadeiramente interessa à relação contratual[362].

Aliás, Plácido e Silva, em seu Dicionário Jurídico, define a boa-fé como "estado resultante de agir com honestidade, sinceridade, fidelidade, presunção de agir de acordo com a lei", ao passo que define a boa-fé contratual como "elemento imperioso à conclusão e execução dos contratos, traduzido em que as partes devem agir com idoneidade, correção, honestidade e lealdade, como base na confiança recíproca"[363].

Verifica-se que mais do que duas acepções de boa-fé, existem, na realidade, duas "boas-fés". É justamente o que ensina Fernando Noronha, que faz questão de não retirar a juridicidade nem da boa-fé subjetiva, tampouco da boa-fé objetiva. Segundo o autor, enquanto a boa-fé subjetiva analisa dados internos e psicológicos inerentes ao sujeito, a boa-fé objetiva refere-se a elementos externos, como normas de conduta que determinam como o sujeito deve agir. Segundo ele, "num caso, está de boa-fé quem ignora a real situação jurídica; noutro, está de boa-fé quem tem motivos para confiar na contraparte"[364]. A boa-fé subjetiva refere-se a um estado psicológico, enquanto a outra boa-fé liga-se à ideia de princípio. Complementa, ainda, o autor que "a distinção interessa-nos, por que a boa-fé contratual é a objetiva – e, aliás, os contratos são o principal campo de aplicação da boa-fé objetiva"[365].

A diferenciação dos dois aspectos da boa-fé não poderia deixar de constar na fase inicial deste capítulo, de modo que, uma vez superadas as etapas imprescindíveis de iniciação, pretende-se, a partir deste instante, identificar a boa-fé objetiva como paradigma decorrente da nova realidade contratual, percebida a partir da segunda metade do século XX, que se consolidou no ordenamento brasileiro com o advento da Constituição Federal[366].

Notadamente influenciado pelas transformações assistidas mundo afora, verifica-se finalmente a tão esperada evolução de um sistema fechado – regido eminentemente por normas - para um sistema aberto de direito – visivelmente elastecido com a "chegada" das

---

[362] Registre-se o arremate de Agathe E. Schimidt da Silva, citado por Nelson Rosenvald, que elenca os pressupostos da boa-fé objetiva: "a) uma relação jurídica que ligue duas pessoas, impondo-lhes especiais deveres mútuos de conduta; b) padrões de comportamento exigíveis do profissional competente, naquilo que se traduz como *bônus pater famílias;* c) reunião de condições suficientes para ensejar na outra parte um estado de confiança no negócio celebrado" (ROSENVALD, Nelson. **Dignidade da pessoa humana e o princípio da boa-fé no Código Civil.** Coleção Prof. Agostinho Alvim. São Paulo: Saraiva, 2007, p.80).

[363] SILVA, Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 16. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.76.

[364] NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais:** autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994, p.132.

[365] Ibidem, p.132.

[366] É de se ressalvar que não somente a boa-fé objetiva contribuiu para a renovação do paradigma da teoria dos contratos, mas também a função social do contrato teve incontestável importância nesse processo. Aliás, acredita-se que esta reestruturação somente se deu a partir da atuação conjunta destes dois princípios contratuais. Por hora, para efeito desta pesquisa, importa dedicar especial importância (e espaço) à atuação da boa-fé objetiva.

cláusulas gerais como técnica jurídica interpretativa que confere ao ordenamento maior flexibilidade em todos os sentidos.

Nesse raciocínio, a evolução deste capítulo priorizará o enfoque da boa-fé objetiva, com abordagem das suas bases históricas, seu real significado jurídico e suas funções, na busca por uma suficiente visualização da boa-fé objetiva como verdadeiro e eficiente critério delimitador do abuso do direito, especialmente na seara contratual.

4.1.1 Bases históricas

Preliminarmente, considerando oportuno este instante de contemplação histórica do princípio da boa-fé objetiva, importa destacar a lição do austríaco Paul Karl Feyerabend, que entende a história como complementação inerente e indissociável da ciência, na medida em que suas nuances auxiliam na efetiva compreensão do seu sentido, desde os aspectos mais simples aos mais complexos do tema:

> é evidentemente possível simplificar o meio em que um cientista trabalha pela simplificação de seus atores principais. A história da ciência, afinal de contas, não consiste simplesmente em fatos e conclusões extraídas de fatos. Também contém idéias, interpretações de fatos, problemas criados por interpretações conflitantes, erros e assim por diante. [...]. Se é assim, a história da ciência será tão complexa, caótica e repleta de enganos e interessante quanto as idéias que encerra, e essas idéias serão tão complexas, caóticas, repletas de enganos e interessantes quanto a mente daqueles que as inventaram[367].

Desde a sua origem, foram vários os sentidos e acepções que a boa-fé recebeu ao longo da história. A trajetória da boa-fé tem raiz no direito romano e canônico, mas também mereceu registro nas codificações da Alemanha, da França e da Itália.

4.1.1.1 Direito romano

Foi no contexto do direito romano que a boa-fé teve reconhecida a sua gênese, sobretudo quando a expressão *fides*, que se aproximava do vocábulo "fé" no sentido de respeito à promessa como palavra dada, ganha relevo no âmbito jurídico[368]. Aliás, era esta a

---

[367] FEYERABEND, Paul Karl. **Contra o método**. Trad. de Cezar Augusto Mortari. São Paulo: UNESP, 2007, p.34.

[368] Diversos significados foram atribuídos à ideia de *fides* na Roma Antiga, sendo que alguns estavam relacionados ao campo da clientela, dos negócios contratuais e da proteção possessória; por outro lado, na seara contratual, a expressão *fides* destacou-se no texto de um tratado firmado entre Roma e Cartago, no qual foi inserida uma regra que dizia que uma das partes contratantes sobre a própria fé-

sua verdadeira função naquele contexto social. Oportunamente, ainda vale o registro de que o sistema jurídico romano centralizava-se nas atitudes, e não nas regras que compõem o direito propriamente dito, contexto notadamente favorecedor da sobrevinda do adjetivo *bona* em referência ao substantivo *fides*. De fato, a *fides*, por si só, não se revelava em condições de vincular os sujeitos de uma relação jurídica, de modo nem mesmo a sua aplicação múltipla não permitiria alcançar o desenvolvimento que posteriormente veio a registrar. É o que explica Antonio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro: "com a criação e sucesso da *fides bona*, a *fides*, mantendo sempre as suas conotações afectivas, ficou novamente disponível para traduzir, também, por incumbência, o sentido que lhe deu o Cristianismo nascente, e que se mantem: fé"[369].

É nesse contexto que a expressão *bona fides* ganha relevo, principalmente por que se sabe que o direito contratual romano foi marcado pela divisão classificatória entre contratos de direito estrito – apegado às exigências formais da norma para produção dos respectivos efeitos -, e os contratos consensuais, entre os quais bastava a certeza do cumprimento da palavra dada para o alcance de sua eficácia[370]. Não foi à toa, portanto, que a discrepância verificada entre o caráter solene dos contratos de direito estrito e a informalidade dos contratos consensuais contribuiu para que a expressão *fides* assumisse importante papel na seara contratual romana, tendo sido o primeiro passo da inclusão da boa-fé (*bona fides*) como comportamento indispensável nas relações jurídicas.

Convém registrar que a *bona fides* se expandiu por todo o direito romano, constituída através da compilação de tudo o que havia de mais relevante e aplicável diante da realidade jurídica romana[371]. A esse compêndio, deu-se o nome de *Corpus Iuris Civilis,* instituído pelo famoso imperador bizantino Justiniano. Consagrou-se, portanto, a *bona fides* diretamente relacionada aos direitos reais, mais especialmente ao instituto da posse, para analisar a ignorância do possuidor em relação ao fato que lhe impedia de adquirir o domínio de determinado bem, e ao direito das obrigações, como sinônimo de fidelidade ao que havia sido acordado[372].

Invariavelmente, a *bona fides* ganharia significado de dever de adimplemento contratual, haja vista a importância, no contexto social romano, da manutenção da palavra dada acima de tudo. Mais que isso, sobretudo no período clássico, essa boa-fé constituiria os

---

pública (*fides*), ou seja, sonre aquela fé que liga a coletividade ao respeito das convenções livremente pactuadas -, a assistência ao cidadão da outra cidade para a proteção dos interesses nascidos dos negócios privados (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002).

[369] MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p.70.

[370] PADOIN, Fabiana Fachineto. **Os direitos fundamentais nas relações contratuais**. Porto Alegre: Nuria Fabris Editora, 2009.

[371] LEWICKI, Bruno. Panorama da boa-fé objetiva. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Problemas de Direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
[372] Ibidem.

iudicia bonae fidei, procedimentos úteis em casos concretos que se encontravam fundamentação à margem do embasamento legal com o qual a comunidade jurídica romana se acostumara. É com o que concorda Antonio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro quando este infere que "face a estes resultados, pode-se valorar a afirmação corrente de que a *fides bona* teria revestido, no período clássico, a natureza de norma jurídica objectiva de comportamento honesto e correcto, respeitador da lealdade e dos costumes do tráfego"[373].

O verdadeiro significado da transição da *fides*, passando pelo sentido de *bona fides*, até alcançar a problemática posta pelos *iudicia bonae fidei*, de fato, agita a doutrina histórico-jurídica. Entretanto, ainda segundo o autor português, é preciso levar em conta que o sistema jurídico baseava-se essencialmente na atribuição concreta de ações (base processual), desconsiderando o reconhecimento abstrato de posições subjetivas, o que concedeu ao magistrado maior liberdade de apreciação no caso concreto, alargando o *officium iudicis*[374].

Em verdade, era à luz das regras específicas que se extraía a intenção das normas, possibilitando a visualização dos preceitos gerais que regiam o direito romano. Outrossim, foi baseado nas relações sociais existentes que o direito romanista despertou para a necessidade da produção jurídica, regularizando um comportamento, aceitando ou repudiando condutas de acordo com aquilo esperado socialmente. Ora, se o direito em Roma era fundamentado na regulação de práticas reiteradas de determinadas condutas, os casos concretos eram base para instituição das normas, que, pelo caráter casuístico de seu surgimento, raramente se transformavam em normas gerais.

Com efeito, com a evolução das relações sociais, sobretudo das relações negociais em geral, o direito romano finalmente eleva a *bona fides* como valor dotado de maior importância do que outrora, de modo que o formalismo exacerbado exigido pelas normas contratuais do direito romano em nome da validade do negócio revelou-se mitigado pela inserção da *bona fides*, que garantia às partes que também seria levado em conta a intenção dos contratantes no momento da avença contratual. Eis que o sistema essencialmente fechado e formalista próprio do direito romano, fundamentado no *jus civile*, foi paulatinamente substituído pela *jus gentium*, que se caracterizava pela utilização dos usos e costumes em lugar das exigências formais da lei[375].

---

[373] MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p.105.

[374] De fato, por intermédio de um procedimento específico presente na fórmula do *iudicia bonae fidei,* denominado *oportet ex fide bona*, era autorizado ao juiz agir conforme os ditados da boa-fé. Nesse sentido, Antonio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro explica que a criação deste procedimento especial justifica-se na permissão quanto à atuação mais livre do juiz (alargamento de seu *officium*), este que não ficaria mais restrito à letra do contrato ou da lei, mas ao espírito do acordo, conforme prometido pelas partes (Ibidem).

[375] ROSENVALD, Nelson. **Dignidade da pessoa humana e o princípio da boa-fé no Código Civil.** Coleção Prof. Agostinho Alvim. São Paulo: Saraiva, 2007.

Nada mais razoável, portanto, do que identificar certa semelhança entre os *iudicia bonae fidei* e o princípio da boa-fé objetiva no direito das obrigações, na medida em que aquela se revestia de características de uma cláusula geral da qual lançava mão o magistrado para solução do caso concreto, levando em conta os padrões de conduta pré-estabelecidos. É o que explica Nelson Rosenvald, ao ensinar que "com o tempo, a necessidade de comércio com outros povos propiciou o incremento do *jus gentium* que, baseado em usos e costumes comerciais, representou o campo propício ao incremento da boa-fé, pois nas relações informais era fundamental a lealdade à palavra dada"[376].

Em suma, considerando o pragmatismo do direito romano em sua essência tradicional, Antonio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, em verdade, não acredita na ocorrência de reformas terminológicas ou algo parecido sem que houvesse uma necessidade que o inspirasse, qual seja, a "de nominar realidades novas, criadas de modo especial"[377]. Nessa esteira, destaca-se a gênese e a consagração da boa-fé na Roma Antiga, não como uma expressão puramente técnico-jurídica, mas principalmente como uma criação hábil:

> escolheu-se um termo que, sem prejuízo das potencialidades técnicas, assacadas por convenção, com um máximo de utilidade para o jurista, mesmo pouco preparado, sensibilizava imediatamente o leigo: *fides* – isto é, algo ligado a poder, confiança, garantia, respeito e com uma áurea mística – e *bona* inculcam o sentimento de algo axiologicamente positivo a seguir[378].

Já no direito canônico, a concepção de boa-fé fez-se presente no pensamento jurídico e político da Igreja, desta vez vinculada a um fundamento essencialmente moral, devendo a palavra dada ser cumprida como dever de materialização e concretização da vontade divina.

4.1.1.2 Direito canônico

A boa-fé, no desenvolvimento do direito canônico, caracterizava-se pela ausência de pecado, segundo valores amplamente propagados pela doutrina cristã. Legitimava-se, portanto, sua extensão aos *pacta nuda*, negócios puramente consensuais[379], mas que o dever de honrar a palavra dada transcendia a mera promessa na medida em que seu

---

[376] Ibidem, p.76.
[377] MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p.101.

[378] Ibidem, p.101.
[379] Oportuno, neste instante, o esclarecimento de Thiago Borges ao referir-se aos *pacta nuda* como acordos meramente consensuais, desprovidos de formalidades aos quais o direito canônico emprestava efeitos jurídicos: "o emprego da boa-fé teve, nesse caso, importante papel subversivo na desformalização dos contratos na era romana, pois trazia a ideia de que 'promessa obriga'" (BORGES, Thiago. Boa-fé nos contratos: entre a fonte e a solução do caso concreto. **Revista do Curso de Direito da Unifacs**. Porto Alegre: Síntese, v.6, 2006, p.120).

descumprimento significava incidir em pecado. É justamente o que infere Nelson Rosenvald ao afirmar que "a boa-fé adquire uma dimensão ética e axiológica por se situar em uma escala que traduz a concretização da lei divina"[380].

Em termos práticos, tendo em vista que a Igreja, por esse intermédio, atribuía valor moral à promessa negocial, conferindo à boa-fé um significado de ausência de pecado[381], pode-se afirmar que a regra de preceito moral fez-se jurídica, tornando obrigatório todo e qualquer acordo.

Na opinião de Antonio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, faltou ao direito canônico, assim como ao direito romano, uma definição geral suficiente acerca da boa-fé. Nesses termos, deveria a boa-fé ser analisada sob o enfoque do sentido geral do direito da Igreja, e não com base em aspectos pontuais, já que, segundo o autor, "a Igreja não é deste mundo, mas vive neste mundo, com incidência particular no direito"[382].

Então, diante de um contexto renovado por uma "eticização geral", restou superado qualquer rastro de puro tecnicismo oriundo da era romana, haja vista que institutos como a propriedade e o contrato passam a obrigar as partes envolvidas não mais somente por envolverem sanções pecaminosas ou de má-fé, mas principalmente por "se situarem numa escala que traduz a concretização da Lei de Deus"[383].

Muito embora tenha sido o direito romano o precursor da implantação da boa-fé, a sua análise aprofundada foi verificada posteriormente, nos sistemas jurídicos da Alemanha e da França. Por óbvio, apesar de pertencer a Roma Antiga e ao direito pregado pela Igreja o mérito da origem da boa-fé em sua acepção primordial (sem olvidar do inegável progresso jurídico que o *Corpus Iuris Civilis* representou na época), há que se considerar que, com o surgimento das universidades na Europa e do desenvolvimento específico da cultura jurídica, um estudo científico sobre o tema favoreceu o seu aprofundamento e estruturação.

4.1.1.3 Codificações européias

Eis que, nesse contexto, surgem as primeiras codificações, ainda no início do século XIX, quando o código ainda era concebido como um sistema fechado por excelência,

---

[380] ROSENVALD, Nelson. **Dignidade da pessoa humana e o princípio da boa-fé no Código Civil.** Coleção Prof. Agostinho Alvim. São Paulo: Saraiva, 2007, p77.

[381] Segundo os valores morais do sistema jurídico canônico, ao agir com boa-fé, estaria o sujeito de acordo com as leis divinas e não incidia em pecado, ao tempo em que, ao agir com má-fé em determinada situação, estaria o sujeito incidindo em pecado, posto que contrariava as leis divinas.

[382] MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p.158.

[383] Ibidem, p.159.

por sua aparente completude e auto-suficiência. Era essa a realidade do Código Napoleônico de 1804, a mais famosa das codificações oitocentistas, texto no qual ressurge remotamente a boa-fé[384]. Naquele cenário, a impressão que se tinha era que toda a ciência do direito estivesse reduzida a um simples diálogo com a lei, de modo que ao magistrado cabia a tarefa de realizar a subsunção da norma ao caso concreto.

Com efeito, apesar da novidade da expressa menção à boa-fé em seu artigo 1134[385], o Código Napoleônico não logrou o êxito pretendido neste particular, haja vista a pouca liberdade concedida ao magistrado em dissonância com a amplitude estrutural e conceitual da boa-fé. São visíveis os traços da Escola Exegética Positivista no *Code Napoleón*, que também guarda nítidas influências do direito canônico, e ainda foi um dos pilares da elaboração da teoria clássica dos contratos, fundada no dogma da autonomia da vontade. Não por menos, "o rigor lógico do método da exegese privava o magistrado da possibilidade de interpretar"[386], o que, aliás, justificava o próprio conceito de boa-fé.

Segundo Clóvis Couto e Silva, que não hesita em afirmar que a história da importância da boa-fé relaciona-se diretamente com a autonomia da vontade,

> pode-se mencionar que no século XIX o princípio da autonomia foi o mais importante, e o conceito de *pacta sunt servanda*, o seu corolário necessário. A essa amplitude de aplicação correspondeu uma profunda restrição no princípio da boa-fé, resultante do predomínio absoluto do voluntarismo jurídico, da obediência ao direito estrito, da metodologia da Escola da Exegese[387].

O resultado não poderia ser outro senão o insucesso da boa-fé naquele período histórico na medida em que a vontade era elevada à categoria de dogma e provocava a sucumbência da boa-fé diante de tanto apreço. Verificou-se um completo esvaziamento da potencialidade objetiva da boa-fé e uma notória subjetivação desta dentro do ordenamento jurídico francês, afirmando-se, naquele cenário, como verdadeira regra moral, entendida como ausência de pecado. A boa-fé somente passou a ter maior aplicabilidade e concretude nos Tribunais da França em meados do século XX, já que esta não se desenvolveu do modo esperado quando mencionada no Código Napoleônico.

---

[384] LEWICKI, Bruno. Panorama da boa-fé objetiva. In: TEPEDINO, Gustavo. **Problemas de Direito civil-constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.55.

[385] Traduz-se como "as convenções legalmente formadas terão força de lei entre aqueles que o tenham efetuado. Poderão ser revogados por mútuo consentimento ou pelas causas autorizadas na lei. Deverão ser executados com boa-fé". De acordo com o original, o artigo 1134:" *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquéef que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorize. Elles doivent être exécutées de bonne*".

[386] ROSENVALD, Nelson. **Dignidade da pessoa humana e o princípio da boa-fé no Código Civil.** Coleção Prof. Agostinho Alvim. São Paulo: Saraiva, 2007, p.77.

[387] SILVA, Clóvis Couto e. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (org). **O direito privado na visão de Clóvis Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p.34.

Observa Nelson Rosenvald que "a fusão entre a redutibilidade positivista e o anseio da classe dominante pela irrestrita liberdade de contratar adiou o desabrochar das potencialidades contidas na boa-fé objetiva, o que apenas se deu no direito germânico"[388].

A verdade é que, se na cultura jurídica francesa a boa-fé encontrou grandes barreiras para sua aplicabilidade e concretização em razão da grande força atribuída ao elemento volitivo para a formação dos contratos, foi no direito germânico que verdadeiramente se notou o desenvolvimento do aspecto objetivo da boa-fé, numa linha visivelmente diversa da que guardava o direito romano na seara obrigacional (voltada à ideia de fidelidade ao pactuado). Se, por um lado, na escola exegética francesa reinava o direito positivista, na Escola Histórica da Alemanha – liderada por Savigny - prevaleciam os costumes, criando espaço propício para o desenvolvimento da boa-fé em sua essência[389].

Não há como negar que a importância dada aos costumes no ordenamento alemão favoreceu a existência de um ambiente fértil para a criação de preceitos gerais. É nesse contexto, portanto, que a boa-fé finalmente retoma aquela concepção romana da *fides* como norma de conduta, de maneira objetivamente considerada.

Explica Antonio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro que o binômio *Treu und Glauben* exprime, em linguagem comum, uma noção de lealdade e crença, que devem estar presentes em toda e qualquer relação negocial. Segundo o autor português, ambas as expressões reportam-se a qualidades ou estados humanos objetivados: o *glaube* acentua mais marcadamente o mero estado – a crença, o convencimento – enquanto a *Treue* vinca antes uma qualidade. Nesse passo, em uma indispensável correlação entre este paradigma e o registrado pela *bona fides* no *Corpus Iuris Civilis*:

> apesar da situação relativa de diluição aparentada, neste estádio, pela boa-fé germânica, não pode deixar de ser acentuada a diversidade existente em relação à *bona fides*. Ao contrário desta, a *Treu und Glauben* nunca atingiu, até a codificação, um emprego técnico-jurídico. Libertou-se, por isso, de dois entraves que a tecnificação, mantida na *bonae fidei possessio*, inevitavelmente acarretou para a boa-fé romana, com claros reflexos na canônica; por um lado, a dificuldade em, conquistado um sentido técnico, alcançar, a partir de componentes diluídos, novas acepções precisas; por outro, o entrave permanente que o emprego técnico já existente e, por isso, dificultada na busca de vias novas. Estas consequências contribuem para explicar a vitalidade subseqüente demonstrada pela boa-fé germânica[390].

---

[388] ROSENVALD, Nelson. **Dignidade da pessoa humana e o princípio da boa-fé no Código Civil.** Coleção Prof. Agostinho Alvim. São Paulo: Saraiva, 2007, p.77.

[389] Interessante a referência de Aldemiro Rezende Dantas Junior sobre o assunto: "expoente da Escola Histórica, Savigny defendia que o direito, por ser um fenômeno social, deveria se basear na mutabilidade em razão do tempo e do espaço. Além disso, deveria fincar as suas raízes no direito consuetudinário, já que os costumes retratam a essência da sociedade" (DANTAS JUNIOR, Aldemiro Rezende. **Teoria dos atos próprios e boa-fé objetiva**. Curitiba: Juruá, 2002, p.45).

[390] MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p.170.

Com efeito, o Código Civil alemão, de 1896, mas que passou a vigorar a partir do ano de 1900, fez remissão expressa ao termo boa-fé no §242: "o devedor está adstrito a realizar a prestação tal como exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfego"[391]. Entretanto, ainda assim, há que se ressaltar que não foi adotada a boa-fé objetiva expressamente, posto que não foi este o sentido dado pelos autores do BGB (*Burgerlichef Gefetzbuch*). Adverte Nelson Rosenvald que o "pandectismo germânico concebeu o Código em atenção a um sistema fechado, não sendo formulado o aludido dispositivo com a intenção de proceder a uma reconstrução do direito privado"[392].

Provavelmente por esta razão que, inicialmente, a boa-fé não alcançou a eficácia e concretude aguardada, a ponto de Clóvis Couto e Silva reconhecer ter implicado o Código Civil germânico em sobressaltada importância dentre as codificações européias do início do século. Adverte o autor que não se deve pensar, contudo, que o aludido artigo §242 conferia poderes extraordinários de criação jurídica, ao ponto de transformar a sua figura no símile moderno de pretor romano: "nada mais inexato: o §242 não significa outra coisa senão mero reforço ao §157[393], no qual se determinava a regra tradicional de interpretação dos negócios jurídicos segundo a boa-fé"[394].

Como se vê, em um primeiro momento, definitivamente, não serviu a menção expressa da boa-fé para alargar a função do juiz a ponto de a este ser conferido o poder de criar o direito através de uma norma aberta. O entendimento deste dispositivo como configuração de uma cláusula geral somente ocorreu algum tempo depois da entrada em vigor do BGB, por meio da atividade jurisprudencial de contínuo preenchimento do conteúdo da boa-fé[395].

---

[391] De acordo com o documento original: "*Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, we Treu und Glauben mit Rucksicht auf die verkehrssitte es erfordern*".
[392] ROSENVALD, Nelson. **Dignidade da pessoa humana e o princípio da boa-fé no Código Civil.** Coleção Prof. Agostinho Alvim. São Paulo: Saraiva, 2007, p.78.

[393] De acordo com o documento original: "*Vertrage find fo aufzulegen, wie Treu und Glauben mit Rucksicht auf die Verkehrssitte es erfordern*".
[394] SILVA, Clóvis Couto e. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (org). **O direito privado na visão de Clóvis Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p.36.

[395] Muito embora a boa-fé subjetiva ainda predominasse nesse período, há registros de que alguns tribunais comerciais, ainda no período anterior ao advento desta lei, valeram-se do seu aspecto objetivo em suas decisões, conforme lição de Antonio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro: "numa proximidade relativa ao Direito Comum que, a esse propósito, é muito citado e não obstante o seu emprego em áreas distantes das tradicionais – como no das letras de câmbio, a boa-fé surge em sentido subjetivo, traduzindo a situação de ignorância em que se encontrem as pessoas, perante certos factores jurídicos que lhe sejam desfavoráveis. Mas surge, também, em acepção objectiva pura, para exprimir um modo de exercício das posições jurídicas, uma fórmula de interpretação objectiva dos contratos ou, até, uma fonte de deveres, independentemente do fenômeno contratual. [...]. Em 25-Nov.-1829, o OAG Lubeck (*Oberappellationsgerichtzu Lubeck*) pronunciou-se sobre a boa-fé objectiva como fórmula de interpretação de contratos. Afundara-se um navio de carga; o seguro recusa o pagamento do valor total em causa, alegando desconhecer, pela forma por que o contrato de seguro

Em verdade, muito embora tenha sido concebido o Código Civil alemão conforme o pensamento da Escola dos Pandectas, segundo o qual a dogmática é um método de construção do sistema, que se perfaz inevitavelmente fechado, coube aos tribunais alemães, sobretudo nos anos que sucederam a Primeira Guerra Mundial, a atuação criativa para libertação da boa-fé de sua concepção originária[396].

A boa-fé, até então considerada como a garantia da manutenção e cumprimento da palavra dada, ligada à confiança estabelecida a partir de um comportamento coletivo, social, diante de progressiva atuação da jurisprudência alemã, começa a desenvolver-se como princípio. É nesse contexto que se nota o surgimento do princípio da boa-fé objetiva, destacando-se na imposição do cumprimento exato dos deveres assumidos pelos negociantes, baseando-se na necessidade de se levar em conta os direitos da outra parte. Definitivamente, o preenchimento jurisprudencial dado ao §242 do BGB assegurou à boa-fé a qualidade de fonte e valor autônomo no direito das obrigações.

De fato, ao dar uma concepção objetiva à boa-fé, o BGB foi a primeira codificação a adotar as cláusulas gerais como técnica legislativa, mesmo tendo isto se consolidado somente após a atuação jurisprudencial. Mais que isso, como se pode notar, a cláusula geral da boa-fé objetiva favoreceu a abertura do sistema jurídico alemão, conferindo certa flexibilidade ao ordenamento como um todo. Esse avanço também serviu de influência para as futuras codificações.

A partir do século XX, portanto, a constatação de que a ciência do direito não se resumia àquilo informado pelos códigos, somada à conclusão de que os magistrados não deveriam atuar como meros escravos da lei, favoreceu o desenvolvimento da ciência jurídica no século XX. Tudo isso, segundo lição de Judith Martins-Costa, tendo em vista que os métodos baseados no raciocínio puramente subsuntivo impediram que o sistema acompanhasse os avanços da sociedade, já que novas *fattispecies*, ainda não previstas pelo legislador, inevitavelmente, surgem com o tempo, gerando novas questões que os velhos institutos componentes do sistema fechado de outrora não poderiam solucionar[397].

---

fora celebrado, que o próprio navio estava abrangido pelo seguro. O litígio desenvolveu-se depois, em torno de questões probatórias; no entanto, vem dizer-se que a propósito do problema das declarações negociais, vem dizer-se que no contrato de seguro que, como qualquer outro, assenta na boa-fé, é de efeito igual que o segurado tenha feito aquela declaração de modo expresso ou através de exteriorizações ou de um comportamento tal que a circunstância de o navio não ter sido seguro possa ser concluída por qualquer pessoa" (MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p.317-319).

[396] Ibidem.

[397] MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social entre *cosmos* e *táxis:* a boa-fé nas relações de consumo. In: MARTINS-COSTA, Judith. **A reconstrução do direito privado**: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

Com isso, a maioria dos códigos europeus optou por incorporar o princípio da boa-fé em seu texto, mesmo que, em alguns casos, de modo diverso da previsão do diploma civil alemão.

Alguns dos dispositivos do Código Civil italiano concretizam a boa-fé como princípio, a exemplo dos artigos 1175 e 1176, os quais, respectivamente, aduzem que o credor e o devedor devem se comportar segundo as regras de correção e que, ao adimplir a obrigação, o devedor deve usar da diligência do bom pai de família[398].

Em um aparente paradoxo que só a natureza cultural do direito permite explicar, pode-se assim afirmar que o "Código Português foi o que mais longe levou as potencialidades históricas da boa-fé"[399]. É o que ensina Antonio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, reconhecendo que o diploma civil português de 1966 veio referenciar a boa-fé subjetiva de acordo com sua feição românica e tradicional, ao mesmo tempo em que consagrou a boa-fé objetiva, de origem românico-germânica.

4.1.1.4 Ordenamento brasileiro

No Brasil, as regras de cunho moral, consolidadas historicamente pela noção de boa-fé, se fizeram jurídicas pioneiramente no Código Comercial de 1850. Importante salientar, entretanto, que o inciso I do artigo 131 consagrou o ideal de boa-fé em seu aspecto puramente subjetivo, cuja redação anunciava que "a inteligência simples e adequada, que for mais conforme a boa-fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato deve sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras".

A despeito da inovadora consagração expressa da boa-fé objetiva no ordenamento jurídico brasileiro promovida pelo código consumeirista, não se pode dizer que não haviam referências à boa-fé no Código Civil brasileiro de 1916. É que, segundo Thiago Borges, "embora o Código Civil brasileiro, elaborado por Clóvis Beviláqua, seja de 1916, pode ser considerado como o último dos códigos oitocentistas"[400], tendo em vista que o referido diploma, em verdade, recebeu influência direta dos paradigmas do século XIX.

---

[398] De acordo com o documento original, os artigos 1175 e 1176: "*il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della corrtezza*"; "*diligenza nell'adempimento nell'adempiere l'obbligazione il debitore deve usare la diligenza dell buon padre de famiglia. Nell adempimento delle obbligazione inerenti all'esercizio di un'attivitát professionale la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'ativitát esercitata*".

[399] MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p.227-228.

[400] BORGES, Thiago. **Boa-fé nos contratos**: entre a fonte e a solução do caso concreto. Revista do Curso de Direito da Unifacs. Porto Alegre: Síntese, v.6, 2006, p.123.

Justifica-se, nesses termos, a ausência da previsão de cláusulas gerais no Código de Beviláqua, razão por que a boa-fé restou lembrada somente em seu aspecto subjetivo, em um contexto quase sempre voltado à seara dos direitos reais.

De forma pontual, Thiago Borges ainda sinaliza alguns exemplos de boa-fé objetiva no Código Civil brasileiro de 1916, como na disciplina do contrato de seguro, no artigo 1443, que versa "o segurado e o segurador são obrigados a guardar no contrato a mais estrita boa-fé e veracidade, assim a respeito do objeto, como das circunstâncias e declarações a ele concernentes". Segundo ele, "trata-se de perfeita cláusula geral, pois os efeitos do descumprimento da ordem legal não se restringem aos previstos nos artigos 1444 a 1446, podendo ser ampliados a depender das circunstâncias do caso concreto"[401].

Ademais, o fato de o Código Civil de 1916 não contemplar expressamente o princípio da boa-fé objetiva – o que se infere a partir de uma interpretação meramente gramatical – segundo Clóvis Couto e Silva, não poderia levar à conclusão de que o mesmo não integra o ordenamento:

> quando num código não se abre espaço para um princípio fundamental, como se fez com o princípio 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. Nesse caso, porém, a percepção ou captação de sua aplicação torna-se muito difícil, por não existir uma lei de referência a que possam os juízes relacionar a sua decisão[402].

Convém ressaltar que, de fato, o princípio da boa-fé, notadamente naquele contexto, direcionava-se, sobretudo, ao juiz, na tarefa de inspiração do mesmo ao solucionar novos fatos[403].

Contudo, a influência do código germânico no seio do Código Civil de 1916 manteve-se quase que totalmente restrita às questões relacionadas à posse (restando a boa-fé sempre vinculada ao sentido de ignorância quanto à existência de vícios impeditivos de adquiri-la). A verdade é que o Código de Beviláqua, tal como o de Napoleão, ainda se pautava

---

[401] Ibidem, p.123.

[402] SILVA, Clóvis Couto e. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (org). **O direito privado na visão de Clóvis Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p.61-62.

[403] É como bem observa Judith Martins-Costa, ao afirmar que "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 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" (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.197).

essencialmente na valorização da autonomia privada, como uma confirmação da teoria clássica elaborada por este[404].

Não foi à toa que, ao final do século XX, as incontáveis disparidades existentes entre a classe detentora do poderio econômico e os demais integrantes da sociedade massificada despertaram no legislador a necessidade de mudanças legislativas, no intuito de proteger os contratantes mais vulneráveis nas relações negociais, no caso, os consumidores.

A boa-fé objetiva foi incorporada ao direito positivo nacional, pioneiramente, pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078 de 1990), que a trouxe na letra dos artigos 4º, inciso III[405] e 51, inciso IV[406].

De fato, o princípio da boa-fé objetiva consagrado no texto do Código de Defesa do Consumidor representou a concretização da chegada de uma nova ordem jurídica no ordenamento brasileiro, destacando-se diante da discreta atuação no Código Comercial. Foi com base nas influências do Código Civil germânico que o código consumeirista brasileiro finalmente positivou a boa-fé como cláusula geral, cânone hermenêutico-integrativo na solução de casos concretos.

Não faltou, entretanto, quem entendesse que o caráter protecionista da legislação consumeirista desembocou no desvirtuamento do princípio da boa-fé objetiva, considerando sua expansão a razão determinante na indução dos julgadores – ainda desconhecedores dos contornos dogmáticos deste princípio - ao atribuírem à boa-fé uma função especial de instrumento de proteção do consumidor.

Temia-se, sobretudo, que a boa-fé objetiva viesse a ser confundida como um mecanismo de correção de vulnerabilidade ou hipossuficiência, afinal, não era essa a intenção, e a ninguém interessava reduzir a aplicação deste princípio apenas às relações jurídicas em que se flagrasse desigualdade entre as partes.

O direito civil, embora ainda regido pelo Código Civil de 1916, mesmo que timidamente, passou a assumir uma nova postura. Em verdade, o direito privado como um todo se viu influenciado pelos ideais de lealdade, honestidade e respeito nas relações jurídicas.

---

[404] LEWICKI, Bruno. Panorama da boa-fé objetiva. In: TEPEDINO, Gustavo. **Problemas de Direito civil-constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.67.

[405] "Artigo 4º: 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 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 (artigo 170 da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores".

[406] "Artigo 51: São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...]. IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé e a equidade".

Assim, ainda que aos poucos, os valores éticos começaram a despertar atenção na análise dos principais institutos civis, entre os quais, por óbvio, os contratos.

Com o advento do Código Civil de 2002, grande parte deste impasse teleológico foi solucionada. Inspirado pelos novos ideais éticos e sociais emprestados pela Constituição Federal de 1988 e pelo código consumeirista, o novo diploma civil também se ocupou de consagrar o princípio da boa-fé objetiva em seu texto. E assim o fez nos artigos 113, segundo o qual "os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração" e 422, que anuncia que "os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé".

Admite-se que a disposição expressa da boa-fé objetiva afastou a visão protecionista absorvida pela jurisprudência brasileira à época da promulgação do Código de Defesa do Consumidor, afirmando a sua condição de cláusula geral no âmbito das relações contratuais.

Em verdade, desde o advento da Constituição Federal de 1988, uma vez dado início ao processo de constitucionalização do direito civil, já se percebia a possibilidade de inserção do princípio da boa-fé objetiva no ordenamento brasileiro, este que representou "o valor da ética das relações jurídicas em geral"[407]. Em termos práticos, é como se esta boa-fé, nos termos formulados pelo legislador infraconstitucional, finalmente restasse voltada não somente à objetivação da conduta para uniformização do comportamento dos contratantes, mas também à tutela da pessoa humana. Aliás, é exatamente o que escreve Teresa Negreiros sobre o assunto:

> a incidência da boa-fé objetiva sobre a disciplina obrigacional determina uma valorização da dignidade da pessoa, em substituição à autonomia do indivíduo, na medida em que passa a encarar as relações obrigacionais como um espaço de cooperação e solidariedade e sobretudo, de desenvolvimento da personalidade humana[408].

Também é preciso não olvidar que a boa-fé, como sinônimo de valorização da dignidade da pessoa humana, também se fundamenta no princípio da igualdade substancial e da solidariedade.

É certo que, ainda que aos poucos, o direito privado revelou-se influenciado pela nova postura imposta pelos valores de lealdade, correção, reciprocidade e respeito identificados à medida que se consagrava a boa-fé objetiva também no ordenamento pátrio. Com efeito, os principais institutos do direito civil, inevitavelmente, inclusive o contrato, nunca mais foram os mesmos depois da inserção da cláusula geral da boa-fé objetiva. De fato, é inegável que a disposição de normas em um sistema aberto, além de favorecer a perfeita

---

[407] BRAGA, Paula Sarno. **Aplicação do devido processo legal nas relações privadas**. Salvador: Jus Podivm, 2008, p.65.

[408] NEGREIROS, Teresa. **Teoria Geral do contrato**: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.117-118.

aplicação da eficiente técnica legislativa das cláusulas gerais, também contribui para a aplicação dos princípios constitucionais, vez que nesta nova perspectiva assume papel de importantíssima qualidade, na medida em que se materializa a libertação do Código Civil como a "constituição da vida privada"[409].

Assim, tornou-se possível enxergar certa mitigação daqueles valores históricos do direito privado, pautados essencialmente no egoísmo e lucro, e até ali cultuados pela legislação brasileira contundentemente patrimonialista. Com efeito, é de se reconhecer que a boa-fé objetiva proporcionou aos operadores do direito um novo prisma, uma nova visão do direito como um todo, especialmente no tocante às relações individuais[410].

A boa-fé passa, então, a ser vista sob uma nova perspectiva. Deixa de se resumir a apenas mais um estado anímico do sujeito, passando a representar uma regra de conduta que deve estar presente em todas as relações obrigacionais. Assim observa Paula Sarno Braga, ao sustentar que a boa-fé passa a exigir um comportamento que se conforme "objetivamente com as diretrizes da lealdade, probidade e cooperação, permitindo que o contrato alcance o seu fim social e eticamente desejado"[411].

É com base nesse raciocínio que se pretende analisar o forte laço que une o princípio da boa-fé às relações contratuais como vetor interpretativo assaz relevante, principalmente quando em atuação com o princípio da função social dos contratos. Assim, por se tratar de um princípio amplo, porém ainda carente de concretização para ser aplicado em alguns casos, procurou-se sistematizar as diferentes funções da boa-fé objetiva no campo contratual, a partir de classificações quanto às suas funções, na busca de um consenso a respeito de seu real significado jurídico.

4.1.2 Significado jurídico

Existe atualmente um novo conceito de obrigação, que se opõe diametralmente ao conceito tradicional, baseado na ideia de que a obrigação era definida pelos juristas romanos. Esta, historicamente conhecida como concepção clássica, definia o credor e o devedor como indivíduos absolutamente distantes, em oposição claramente antagônica. Como se sabe, hoje, em razão da aplicação do princípio da boa-fé ao direito obrigacional, as relações

---

[409] BORGES, Thiago. Boa-fé nos contratos: entre a fonte e a solução do caso concreto. **Revista do Curso de Direito da Unifacs.** Porto Alegre: Síntese, v.6, 2006, p.121.

[410] NALIN, Paulo. Autonomia privada na legalidade constitucional. In: NALIN, Paulo (org.). **Autonomia privada na legalidade constitucional**. Contrato e sociedade. Volume III. Curitiba: Juruá Editora, 2006, p.15.

[411] BRAGA, Paula Sarno. **Aplicação do devido processo legal nas relações privadas**. Salvador: Jus Podivm, 2008, p.67-68.

jurídicas passam a ser consideradas como uma ordem de cooperação entre as partes envolvidas, verdadeiramente como complemento ao direito do credor, mas que também alcança o devedor.

A nova relação obrigacional promovida pelos novos ideais constitucionais percebidos recentemente revela-se, na visão de Judith Martins-Costa, como um vínculo dinâmico, na medida em que engloba todas as vicissitudes presentes no caso concreto e se "movimenta processualmente" com vista à finalidade de adimplemento da obrigação criada. Segundo a autora, esta nova concepção da obrigação como um processo[412] cessa com o paradigma tradicional fundado na valorização jurídica da vontade humana e inaugura um novo paradigma para o direito obrigacional[413]. Em termos práticos, testemunha-se definitivamente a superação do dogma da vontade diante da elevação da boa-fé objetiva como parâmetro indispensável em toda relação jurídica.

Importa, para efeito da pesquisa, compreender o real significado jurídico da boa-fé objetiva, considerando que aqui se pretende demonstrar sua qualidade de critério delimitador do abuso do direito nas relações contratuais.

De fato, é a boa-fé objetiva, traduzida genericamente como uma regra de conduta, um padrão de comportamento esperado pela sociedade e um dever impositivo de agir com eticidade, que imprime esta nova realidade ao direito das obrigações.

Revela-se imperiosa, antes de quaisquer outras considerações, a efetiva compreensão do significado jurídico da boa-fé objetiva. Nesses termos, muito embora tenham sido diversas as acepções históricas relacionadas à *bona fides*, interessa-nos alcançar uma definição acerca da boa-fé objetiva, senão pacífica, ao menos suficiente para o que aqui se pretende.

A partir do que se entende por boa-fé objetiva, compreende-se, preliminarmente, que assim são fornecidos os parâmetros objetivos de avaliação da conduta do indivíduo. Nesse aspecto, percebe-se que a imposição dos ideais de honestidade, retidão e lealdade é somada às condições sociais, econômicas e culturais observadas no contexto de determinada relação jurídica, de modo que é nesse limiar que se nota a renovação jurídica promovida pela ingerência do aspecto objetivo da boa-fé no ordenamento. Sabe-se que, ao exigir um paralelismo de condutas entre sujeitos iguais numa relação jurídica, constata-se a verdadeira amplitude da boa-fé objetiva nas relações contratuais.

---

[412] É o que a autora em referência chama de "totalidade concreta", considerando a obrigação como um verdadeiro complexo de direitos e deveres, sendo a maioria deles decorrente da boa-fé objetiva: "é que, apresentando-se, graduada ou escalonadamente, a noção de contrato social – perspectivada como *fattispecie* por excelência do direito obrigacional – enseja a incidência, também graduada, da boa-fé objetiva, seja como função limitadora do exercício de direitos subjetivos, seja com função criadora de direitos, deveres e pretensões que passam a integrar a relação obrigacional em seu dinâmico processar-se, compondo-a como uma totalidade concreta" (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.402).

[413] Ibidem, p.394.

Tamanha é a abrangência da boa-fé objetiva que, para alguns autores, a exemplo de Teresa Negreiros, em comparação com o princípio do equilíbrio contratual e com o da função social do contrato, a boa-fé evoca uma amplitude tal que é como se esses princípios estivessem na verdade abrangidos pela boa-fé, não passando de duas de suas múltiplas arestas[414].

Em termos mais práticos, conforme explica Paula Sarno Braga, é como se a boa-fé objetiva atuasse prontamente como condição de validade do negócio contratual, impondo que a relação entre as partes mantenha-se cooperativa e dialógica, importando observar objetivamente o comportamento do indivíduo, "mirando-se no meio social em que ele vive"[415], sem olvidar que a esta relação não se aplica qualquer critério subjetivo de psiquismo ou intencionalidade. Noutro passo, Humberto Theodoro Junior e Juliana Cordeiro de Faria garantem que o princípio da boa-fé objetiva entende mais com a interpretação do contrato do que com sua estrutura propriamente dita[416].

Em qualquer sentido, evidenciado está que a boa-fé objetiva encontra-se diretamente relacionada ao comportamento ético do agente, exigindo que o sujeito aja conforme o que se espera de um homem médio numa relação contratual. Numa ou noutra perspectiva, atribui-se à boa-fé objetiva não somente a preservação do interesse econômico presente no negócio jurídico, mas também a sua utilidade na busca incessante pelo equilíbrio contratual entre as partes diante do complexo de direitos e deveres avençados.

Talvez não somente em atenção à preservação do interesse econômico que envolve o negócio jurídico, como pretendem alguns, mas a boa-fé objetiva tenha utilidade na aplicação deste princípio na busca pelo equilíbrio contratual entre as partes diante do complexo de direitos e deveres inerentes a elas.

Não há quem discorde que a boa-fé objetiva (também chamada de boa-fé obrigacional ou contratual) representa um modelo de "eticização" da conduta social, traduzido em *standarts* jurídicos que padronizam as regras de comportamento que, no modelo atual de contrato, fundamentam-se no valor da ética materializado nos parâmetros de lealdade, correção, reciprocidade, cooperação, dentre outras atitudes socialmente esperadas de um homem médio diante de uma obrigação contratual. Todos esses ideais compõem a boa-fé objetiva em seu aspecto mais puro, alargam o seu alcance, o que a faz repercutir sobre os demais princípios contratuais.

Ademais, não se pode olvidar que a fundamentação constitucional da boa-fé tem assento no princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que sua exigência está

---

[414] NEGREIROS, Teresa. **Teoria Geral do contrato**: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.113-114.

[415] BRAGA, Paula Sarno. **Aplicação do devido processo legal nas relações privadas**. Salvador: Jus Podivm, 2008, P.68.

[416] GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p.42.

voltada ao respeito mútuo entre os contratantes (incluindo os seus interesses negociais) e a premissa de que são iguais naquela relação pressupõe que o vínculo de cooperação entre eles vai além das exigências decorrentes dos novos valores constitucionais. Com efeito, alcança também o ditame constitucional que determina como objetivo fundamental da República a construção de uma sociedade solidária, na qual o respeito mútuo entre os semelhantes constitua elemento indispensável nas relações jurídicas como um todo[417].

É esta a lógica que aqui se pretende provar. Na medida em que atua, sobretudo nos contratos, com vistas a repreender comportamentos que estejam em desacordo com os parâmetros sociais exigidos e impulsionar os demais princípios contratuais, a boa-fé objetiva representa o repúdio aos constantes abusos à liberdade contratual.

Infere-se, finalmente, a necessidade de verificar o real significado jurídico da boa-fé objetiva. A par disso, há quem entenda tratar-se simplesmente de um princípio contratual, positivado no artigo 422 do Código Civil de 2002 como uma concretização do ideal de eticidade pretendido pelo fenômeno da constitucionalização do direito civil. Por outro lado, há quem considere a boa-fé objetiva como uma cláusula geral que, ao lado da função social dos contratos, manifesta-se em decorrência do processo de abertura e flexibilização do sistema jurídico, pois que se amolda a uma grande variedade de casos concretos.

Ao definir a boa-fé objetiva como uma norma que requer o comportamento leal e honesto dos contratantes, sendo incompatível com quaisquer condutas abusivas, Maria Helena Diniz infere que "tem por escopo gerar na relação obrigacional a confiança necessária e o equilíbrio das prestações"[418]. Destarte, é de se reconhecer a necessidade de se alcançar suficiente compreensão a respeito da posição jurídica ocupada pela boa-fé objetiva no contexto do sistema jurídico brasileiro.

Ensina Paulo Luiz Netto Lôbo, que a boa-fé objetiva é regra de conduta imposta aos indivíduos nas relações jurídicas obrigacionais, no sentido de que

---

[417] É com o que concorda Teresa Negreiros ao apontar que a "incidência da boa-fé objetiva sobre a disciplina obrigacional determina uma valorização da dignidade da pessoa, em substituição à autonomia do indivíduo, na medida em que passa a encarar as relações obrigacionais como um espaço de cooperação e solidariedade entre as partes e, sobretudo, de desenvolvimento da personalidade humana" (NEGREIROS, Teresa. **Teoria Geral do contrato**: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.281-282). No mesmo sentido, também pontua Nelson Rosenvald, ao inferir que o princípio da boa-fé "encontra a sua justificação no interesse coletivo de que as pessoas pautem seu agir na cooperação e na retidão, garantam a promoção do valor constitucional do solidarismo, incentivando o sentimento de justiça social, com repressão a todas as condutas que importem o desvio aos parâmetros sedimentados de honestidade e lisura", e completa que "seria, em uma última instância, a tradução do campo jurídico do indispensável cuidado e estima que devemos conceder ao nosso semelhante" (ROSENVALD, Nelson. **Dignidade da pessoa humana e o princípio da boa-fé no Código Civil.** Coleção Prof. Agostinho Alvim. São Paulo: Saraiva, 2007).

[418] DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: obrigações contratuais e extracontratuais. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p.42.

> interessam as repercussões de certos comportamentos na confiança que as pessoas normalmente neles depositam. Confia-se no significado comum, usual, objetivo da conduta ou comportamento reconhecível no mundo social. A boa-fé objetiva importa conduta honesta, leal, correta. É a boa-fé de comportamento[419].

Acertadamente, Fernando Noronha analisa que na sua acepção subjetiva, a boa-fé contrapõe-se a má-fé, enquanto que na acepção objetiva, a boa-fé contrapõe-se a ausência de boa-fé, não se confundindo com a má-fé[420].

Ora, impossível não reconhecer que a boa-fé contratual[421] implica em pensar e agir priorizando a finalidade do negócio jurídico celebrado, em que um contratante pense em prol do outro, respeitando os seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, sem abusos[422]. Nesse sentido, se a boa-fé objetiva sugere o cumprimento do objetivo contratual em concomitância com a realização honesta dos interesses das partes, revela-se inadiável a compreensão acerca do seu significado jurídico.

Inicialmente cumpre salientar que, embora a doutrina apresente diferentes definições de princípio, para efeito desta pesquisa, não caberão maiores delongas nesse sentido senão as contribuições doutrinárias necessárias à sua pronta compreensão.

Na lição de Miguel Reale, não resta dúvida que o direito, como ciência, além de pressupostos, também possui princípios. Segundo o autor, o termo princípio possui duas acepções, sendo uma de natureza moral, ética, que nos faz referirmo-nos a um homem de virtudes e com boa formação como um homem de princípios, e outra de ordem lógica. Questiona o autor: "logicamente, que deve se entender por princípio?"[423]. Inspirado neste

---

[419] LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Princípios sociais dos contratos no CDC e no novo Código Civil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n.55. Disponível em <http://jus.uol.com.br/revista/texto/2796> Acesso em 17 jan.2011.

[420] Nas suas palavras: "quando uma pessoa está ligada a outra pelos laços de uma determinada relação jurídica (e em especial por um contrato) que lhe imponha especiais deveres de conduta, ela infringirá a boa-fé sempre que não proceder em conformidade com tais deveres, qualquer que seja o motivo da desconformidade: pode ser uma atitude dolosa, uma situação meramente culposa, nas hipóteses-limite em que seja cogitável uma situação dessa natureza, ainda associada a uma obrigação de agir segundo padrões determinados" (NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais:** autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994, p.139).

[421] Expressão utilizada por Fernando Noronha ao assegurar que a seara contratual revela-se como o principal campo de aplicação da boa-fé objetiva (Ibidem). A propósito, Karl Larenz vai ainda mais além ao advertir que a boa-fé objetiva não somente impõe aos sujeitos a agirem de forma a não defraudar a confiança da contraparte, mas também estende esta imposição a terceiros alem do credor e do devedor da obrigação, atingindo diretamente todos os participantes da relação jurídica em questão, que se obrigam a conduzir-se de forma a alcançar seu sentido e finalidade (LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997).

[422] MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.107.

[423] REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.59.

debate, o autor admite que para se formar uma concepção clara e suficiente do que seja princípio, necessário se faz recordar sobre o que se entende logicamente por juízo. Segundo o autor, "juízo é a ligação lógica de um predicado a algo, com o reconhecimento concomitante de que tal atributividade é necessária implicando sempre uma pretensão de verdade"[424], o que favorece a conclusão de que não se pode conhecer sobre algo sem formular juízos, tampouco transmitir este conhecimento. Assim, ao se enunciarem os juízos, é necessário que estas informações (que, segundo Miguel Reale, são a essência do juízo) não se choquem nem se conflitem, mas se ordenem de tal maneira que entre eles exista um nexo comum que lhes assegure coerência e validez. Portanto, é quando esta redução atinge juízos que não podem mais ser reduzidos a outros juízos, que se alcança um princípio, que "são verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada porção de realidade"[425].

Nesse passo, acompanha-se tal posicionamento para que fique acertado que, neste estudo, adota-se o entendimento de Eros Roberto Grau[426], que considera princípio como uma posição jurídica descritiva, sendo que por meio dele visualizam-se o conteúdo e os valores do direito positivo, de forma reduzida e, se considerados em conjunto, favorecem a unidade do sistema.

O fato é que, anteriormente, quando da vigência do Código Civil anterior, a discussão sobre os princípios e fundamentos do direito civil restringia-se à análise do plano filosófico-principiológico e somente pragmaticamente os princípios eram subsumidos aos casos concretos. Ocorre que, com o advento do Código Civil de 2002, instaurou-se uma nova forma de compreender o direito com base na aplicação dos princípios que o informam. Em termos mais práticos, verifica-se que o novo Código enfim favorece uma maior permeabilidade entre os planos filosófico-principiológico, dogmático-normativo e pragmático, pois que transporta princípios para o eixo da aplicação concreta do direito, tarefa na qual o Código Civil anterior revelou-se bastante incipiente[427]. É exatamente com o que concorda Romualdo Batista dos Santos, ao reconhecer, diante do exposto, que o Código Civil de 2002

---

[424] Ibidem, p.59.
[425] Ibidem, p.60.
[426] GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 12. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

[427] Acrescente-se a leitura de Arnoldo Wald, ao constatar que "na realidade, a boa-fé era referida no Código Civil de 1916, mas significava tão somente a ausência de má-fé, ou seja, de dolo, da intenção de prejudicar. Atualmente, na acepção que lhe dão o Código Civil de 2002 e a jurisprudência, constitui um dever de cooperação, de realização de obrigações secundárias implícitas e, no fundo, de atendimento à confiança depositada por um contratante no outro, à expectativa gerada, pelo contrato, para as partes que o firmaram, ou mesmo independentemente da existência de convenção" (WALD, Arnoldo. O princípio da confiança. In: **Revista Forense**, v. 386. São Paulo: Forense, 2006).

"positivou os princípios gerais da eticidade e da socialidade, tornando obrigatória a sua aplicação em vários momentos do texto legal"[428].

É justamente com o que Miguel Reale corrobora ao referir-se à socialidade, eticidade e operabilidade como princípios adotados pelo novo diploma civil, mas evita esta denominação quando se refere à boa-fé e à função social[429]. O autor admite preferir tratá-los como cláusulas gerais ou cláusulas abertas.

Também acompanha este posicionamento Judith Martins-Costa, ao ensinar que o Código Civil de 2002 procurou combinar a técnica de regulamentação por *fattispecie* com a técnica das cláusulas gerais, aliando a segurança jurídica pela normatividade à mobilidade das regras codificadas[430], o que se revelou bastante apropriado. Entende a autora que a boa-fé objetiva e a função social restariam enquadradas numa categoria própria, na zona intermediária entre os princípios gerais e a lei, funcionando, portanto, como cláusulas gerais que, por seu caráter mais abrangente pela capacidade de conformar como molduras a serem ajustadas pelo juiz de acordo com as exigências de cada caso concreto. É o que entende a autora ao constatar o direito privado como um sistema em construção que requer a participação permanente e ativa de todos os atores do direito para sua boa realização[431].

Com efeito, andou bem o novel legislador ao inserir a valiosa técnica das cláusulas gerais no contexto do Código Civil. Não obstante a sua vagueza semântica e algumas ressalvas de parte da doutrina, trata-se de importante instrumento de flexibilização e dinamização do ordenamento jurídico, desde que seja coerentemente operada pelo magistrado em cada caso concreto. De acordo com a lição de Franz Wieacker, a polêmica das cláusulas gerais surge no contexto de superação do positivismo, de modo que, enquanto entrelaçados temporal e espacialmente, resultam das exigências da justiça social no caso concreto:

> em forma algo más moderada se ha querido encontrar en las cláusulas generales una válvula para las exigências ético-sociales, una espécie de ilustrado positivismo social que en cierto modo inhala como por diósmosis una fresca ética social de primera mano. Sin embargo, esta tesis y la todavia más audaz que preconiza una permanente adaptación de la estructura normativa a las exigências sociales, encuentran su limite en que

---

[428] SANTOS, Romualdo Baptista dos Santos. Princípios sociais contratuais: autonomia privada, função social e boa-fé objetiva. In: CASTILHO, Ricardo; TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: direito patrimonial e direito existencial (homenagem a Giselda Hironaka). São Paulo: Saraiva, 2006, p.244.

[429] REALE, Miguel. **Função Social do contrato**. Disponível em: <www.miguelreale.com.br/artigos/funscont.htm> Acesso em: 13 ago 2008.

[430] MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

[431] Judith Martins-Costa *apud* SANTOS, Romualdo Baptista dos Santos. Princípios sociais contratuais: autonomia privada, função social e boa-fé objetiva. In: CASTILHO, Ricardo; TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: direito patrimonial e direito existencial. São Paulo: Saraiva, 2006, p.245. Na sequencia, o próprio autor acrescenta que "se trata de um sistema em construção permanente, que não se pode concluir, pois a sua conclusão resultaria no fechamento para as novas situações jurídicas que possam surgir (Ibidem).

> precisamente la norma misma – esto es, la medida y la línea directriz de las decisiones -, há de ser incambiable[432].

Não por menos, a cláusula geral resulta da evolução da noção de sistema fechado do direito, secularmente vinculado à previsão normativa, para um sistema aberto. Com a adoção deste novo paradigma, abre-se ao operador do direito uma gama de opções que propiciam as mais variadas soluções jurídicas a partir do caso concreto. Consequentemente, em meio a esse novo contexto, exige-se do sistema também a adoção de um sistema legislativo mais aberto, capaz de acompanhar a dinâmica e complexidade da sociedade, através de textos legais mais imprecisos e indeterminados, que dêem ao intérprete maior mobilidade na busca da decisão mais justa e coerente ao caso concreto.

Eis que, neste contexto, as cláusulas gerais surgem com toda força no cenário jurídico brasileiro, notadamente como uma influência direta de países europeus como Itália, Portugal e Espanha, que há algum tempo já haviam adotado esta inovadora técnica legislativa[433]. O legislador civil 2002 não poupou esforços ao inserir diversas cláusulas gerais no Código, inaugurando uma nova fase na atividade judicante, conforme testemunho de Clóvis Couto e Silva acerca desta experiência no direito alemão:

> essas modificações ensejaram as mais diferentes análises a respeito da interpretação e mesmo da fundamentação das inumeráveis decisões que faziam a concreção das disposições legislativas abertas, denominadas geralmente de 'cláusulas gerais', em que aos juízes facultara editar a regra do caso. Com a edição de conceitos abertos como o da boa-fé, a ordem jurídica atribui ao juiz a tarefa de adequar a aplicação judicial às modificações sociais, uma vez que os limites dos fatos previstos pelas aludidas cláusulas gerais são fugidios, móveis; de nenhum modo fixos[434].

Se a memorável libertação dos juízes germânicos de uma concepção fechada do direito tem base no §242 do BGB, no contexto do Código Civil brasileiro atual é o artigo 422 que prevê a boa-fé objetiva como um dos maiores exemplos de cláusula geral.

Mas nem sempre foi assim. O Código Civil de 1916 sequer cogitava a boa-fé como cláusula geral. Tanto é que, de acordo com Nelson Rosenvald[435], esta era tratada como princípio geral não positivado e, em alguns casos, como conceito jurídico indeterminado (a exemplo da posse e do casamento putativo), de modo que o modelo fechado do consagrado no Código de Beviláqua não era suficiente para suprir os anseios éticos que marcantemente

---

[432] WIEACKER, Fraz. **El principio de La buena Fe**. Tradución de José Luis Carro.Prólogo de Luis Diez-Picazo. Madrid: Editorial Civitas SA, 1977, p.30.

[433] PADOIN, Fabiana Fachinni Neto. **Os direitos fundamentais nas relações contratuais**. Porto Alegre: Nuria Fabris Editora, 2009.

[434] SILVA, Clóvis Couto e. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (org). **O direito privado na visão de Clóvis Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p.39.

[435] ROSENVALD, Nelson. **Dignidade da pessoa humana e o princípio da boa-fé no Código Civil.** Coleção Prof. Agostinho Alvim. São Paulo: Saraiva, 2007.

propiciaram o desenvolvimento do modelo aberto e flexível inaugurado pela presença de cláusulas gerais. Acrescenta o autor que as "mesmas razões explicam a ineficácia do princípio da boa-fé nas relações comerciais, não obstante a expressa e pioneira alusão a ela no hoje revogado art. 130 do Código Comercial de 1850"[436]. Foi apenas com a edição do Código de Defesa do Consumidor que a boa-fé assumiu a posição de "modelo de comportamento no direito brasileiro"[437].

Em verdade, o Código Civil de 2002, contrariamente ao diploma anterior, trouxe ao ordenamento brasileiro a experiência dos modelos de outras nações do século XIX. É nesse raciocínio que Judith Martins-Costa reconhece que a boa-fé contratual funciona como um modelo capaz de direcionar o comportamento cooperativo entre os sujeitos envolvidos na relação jurídica, mas não dispensa a necessidade de articulação deste com outras normas que integram o ordenamento jurídico[438].

Entretanto, enquanto alguns elogiam a promoção da abertura do sistema com base na concepção objetiva da boa-fé, Antonio Junqueira de Azevedo entende este modelo composto por cláusulas gerais já não condiz com a conjuntura jurídica atual. Daí parte a sua crítica quanto às insuficiências, deficiências e desatualizações do projeto do atual Código Civil em relação à boa-fé objetiva. Ou seja, um projeto elaborado ainda na década de 70 não pode servir de parâmetro para aplicação nos tempos de hoje, pois que não acompanha a mudança de mentalidade da sociedade brasileira que, ao longo das décadas, abandonou o sistema positivado das leis, passou a recorrer ao juiz para solução casuística dos seus litígios e finalmente aprendeu que pode aproveitar-se da solução dos casos concretos sem sequer cumprir esta etapa, através da composição extrajudicial. Segundo o autor, "hoje estamos fugindo do juiz"[439], razão por que não há mais que se falar em cláusulas gerais como artifícios de que devem se valer os magistrados na solução de impasses contratuais.

Há que se respeitar a posição crítica do autor, especialmente por não ter o Código Civil atual pelo menos adequado as suas incompatibilidades contextuais verificadas quando confrontadas com a época da elaboração do projeto correspondente. Entretanto, não há como acompanhar o seu posicionamento, já que a recorribilidade ao Estado-Juiz, bem como a possibilidade de realização de acordos extrajudiciais sem sequer cumprir esta etapa,

---

[436] Ibidem, p.84.
[437] Ibidem, p.85.
[438] MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé como modelo (uma aplicação da teoria dos modelos de Miguel Reale). In: BRANCO, Gerson; MARTINS-COSTA, Judith. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2002.

[439] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Insuficiências, Deficiências e Desatualização do Projeto de Código Civil na Questão da Boa-Fé Objetiva. In: **Revista dos Tribunais**, n. 775. São Paulo: Revista dos Tribunais, maio 2000, p.16.

representam a flexibilização do sistema jurídico brasileiro que, dentre outros recursos, contou com a edição de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados[440].

Diante de tais considerações, há que se acrescentar que, muito embora o sentido de boa-fé objetiva esteja pautado segundo o dever de confiança e reciprocidade entre os sujeitos, não é fácil identificar, na prática, o ato ilícito. Fernando Noronha explica que a atuação em desconformidade com os padrões de conduta exigíveis é fator indicativo da violação da boa-fé objetiva, ainda que o sujeito não esteja atuando de má-fé ou com culpa. Segundo ele, "nem sempre a atuação não conforme a boa-fé (objetiva) será ilícita", de tal maneira que, ainda que não se caracterize o ato ilícito, a conduta danosa continuará sendo geradora de responsabilidade civil, com incidência da responsabilidade objetiva, no caso, sem culpa. Ele ainda arremata que o inverso desta lógica não procede, admitindo que toda atuação ilícita infringe a boa-fé objetiva. Conclui-se, diante desta exposição, a evidência de que o referido autor entende a boa-fé objetiva como um princípio contratual contemporâneo, sem excluir a sua qualidade de cláusula geral engenhosamente inserida no diploma civil atual.

É com o que concordamos. Não se pretende, neste espaço, adentrar no plano teórico ou principiológico que habitualmente cercam este assunto, bastando, por conseguinte, a conclusão de que, em verdade, a boa-fé objetiva encontra-se inserida no Código Civil vigente enquanto um princípio contratual de cunho visivelmente social, estampado como cláusula geral disposta no artigo 422. A rigor, se assim não o fosse, a boa-fé objetiva não irradiaria no ordenamento a sua atuação multifuncional, capaz de criar deveres, servir de parâmetro interpretativo e limitar o exercício de direitos, ao mesmo tempo em que assegura ao magistrado a possibilidade de solução específica e adequada a cada caso concreto.

4.2. AS FUNÇÕES DA BOA-FÉ OBJETIVA

Já não resta mais dúvida de que a boa-fé objetiva diferencia-se dos demais princípios não somente por seu caráter ético, mas, sobretudo, por apresentar um caráter técnico-jurídico, de modo que o seu significado pode apresentar utilidades interpretativas, integrativas e limitadoras, entre outras funções que auxiliam na solução *in loco* de uma série de impasses contratuais.

Assim, nesta tarefa de concretização da solidariedade contratual, que passa a ser imposta com fundamento no princípio da boa-fé, há que se ressaltar que tal modelo objetivo

---

[440] A propósito, igual é o posicionamento acertado de Teresa Negreiros, que ainda acrescenta a afirmação de que a "fuga do juiz pode ser até mesmo um movimento de reforço, ao invés de uma ameaça ao paradigma principiológico. Pense-se, a este respeito, na Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96), em especial na ênfase que este diploma legal – criado justamente para servir como incentivo à 'fuga do juiz' – confere aos princípios e à equidade como fundamentos decisórios" (NEGREIROS, Teresa. **Teoria Geral do contrato**: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.133).

de conduta não se restringe somente ao momento da execução da obrigação, mas também aos instantes anteriores e posteriores ao negócio. Em termos mais práticos, é a boa-fé objetiva que injeta o dever dos contratantes em agir com lealdade, cooperação e reciprocidade em todas as fases do contrato, desde o momento das tratativas, propostas e contrapropostas até o momento posterior à execução da obrigação pactuada. A atuação multifuncional do princípio da boa-fé objetiva certifica a sua importância no ordenamento jurídico brasileiro, na medida em que ela se revela como verdadeira fonte de deveres e limitação de direitos de ambos os contratantes, a quem não cabe violar os parâmetros da boa-fé objetiva com vistas aos seus próprios interesses.

Nesse aspecto, é válido dizer que as funções da boa-fé objetiva obedecem a uma classificação tripartite, que é clássica entre os doutrinadores do tema, porém de difícil identificação na prática, já que as mesmas se complementam na hipótese concreta. É o que se concorda a partir da reflexão de Teresa Negreiros:

> a tripartição das funções atribuídas ao princípio da boa-fé obedece a uma classificação em 'tipos ideais'. Na prática, estas funções complementam-se, sendo por vezes difícil definir, num caso concreto, sob que tipo a boa-fé está sendo invocada; qual, enfim, a função específica que o princípio está desempenhando naquela hipótese em particular[441].

Parece razoável a opinião da autora quando a mesma confessa ser difícil a tarefa de diferenciação, na prática, das respectivas funções que o princípio da boa-fé exerce nas relações entre os particulares[442]. Esclareça-se, de antemão, que se trata de um princípio com atuação multifuncional e, por tal razão, contribui como vetor interpretativo objetivo das relações pessoais, ao tempo em que as suas funções complementam-se sem a necessidade de destacarem-se umas das outras.

É com o que concorda Judith Martins-Costa, que acredita que se a boa-fé é capaz de direcionar o sentido amplo de colaboração e cooperação entre os sujeitos envolvidos numa dada relação obrigacional, só pode ser por que a boa-fé

---

[441] (NEGREIROS, Teresa. **Teoria Geral do contrato**: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.140). Interessante, nesse momento, o breve exemplo trazido pela autora traz em complemento a esta consideração. Em referência a um determinado caso entre uma cervejaria e uma revendedora, acusando a nulidade da cláusula que concedia à cervejaria plena liberdade de efetuar vendas diretamente no território contratual, onde atuaria a revendedora sem que a mesma pudesse reivindicar qualquer direito, ela reconhece que se trata de um caso limítrofe entre a função interpretativo-integrativa e a função de limitação de direitos.

[442] Esta opinião também é compartilhada por Nelson Rosenvald, que entende que a tridimensionalidade das funções conferidas à boa-fé não pode ser examinada de forma estanque: "eventualmente, rompem-se as fronteiras entre a atividade meramente interpretativa e aquela integrativa, e, em outros casos, a atividade hermenêutica culmina na supressão do exercício de determinado direito subjetivo. Portanto, não raramente, será árdua a tarefa de definição de qual das funções da boa-fé será empregada na concretude do caso. Mas esta 'imprecisão' não desqualifica a eficiência da boa-fé. Pelo contrário, aguça a percepção sobre a sua multidisciplinaridade e aplicação criativa no direito" (ROSENVALD, Nelson. **Dignidade da pessoa humana e o princípio da boa-fé no Código Civil.** Coleção Prof. Agostinho Alvim. São Paulo: Saraiva, 2007, p.87-88).

> produz deveres instrumentais e 'avoluntaristas', neologismo que emprego para indicar que não derivam necessariamente do exercício da autonomia privada nem de punctual explicitação legislativa: sua fonte reside justamente no princípio, incidindo em relação a ambos os participantes da relação obrigacional[443].

De fato, apresenta-se a boa-fé objetiva como mais uma limitação ao princípio da autonomia privada, já que os deveres secundários que por ela são impostos (informação, sigilo, lealdade, cooperação etc) não dependem de subscrição dos contratantes, mas tão somente os deveres primários que constam das cláusulas contratuais avençadas pelas partes. Em verdade, ao ensejar a criação de deveres anexos a serem rigorosamente cumpridos pelos contratantes, a boa-fé atua como uma notável fonte de integração do conteúdo contratual, de maneira independente de regulação voluntariamente estabelecida.

Na realidade, o próprio atributo hermenêutico da boa-fé objetiva, por si só, já possui o condão de definir melhor os contornos tanto dos deveres anexos (função supletiva), quanto o grau de restrição imposto ao exercício dos direitos subjetivos (função restritiva), fazendo considerar abusivo o exercício que extrapola tais limites. É Gustavo Tepedino quem sustenta, nesse raciocínio, que

> o intérprete deverá integrar ao regulamento os deveres de lealdade, transparência e informação, bem como impor sacrifício a direitos subjetivos e potestativos dos contratantes em favor do interesse comum objetivado com o contrato, definidor de suas finalidades econômicas e sociais[444].

Em linhas gerais, nota-se que a boa-fé objetiva surge no sistema jurídico brasileiro como elemento conciliador de interesses que, à primeira vista se revelam antagônicos, mas que se são sobrepostos pela concretização da eticidade no contrato. Justificam-se por um fim ético o direcionamento da boa-fé objetiva á fixação de uma relação dialógica e cooperativa entre os contratantes, sempre voltadas ao devido cumprimento das obrigações econômica e socialmente estabelecidas no corpo contratual.

Contornando a abrangência do princípio da boa-fé objetiva, visualiza-se uma tripartição das suas funções, quais sejam: interpretativa, supletiva e restritiva. É certo que, doutrinariamente, tais tarefas podem assumir nomenclaturas diversas, conforme se noticiará em momento oportuno.

Judith Martins-Costa sugere a seguinte sistematização operativa do princípio da boa-fé: função de otimização do comportamento contratual, função de limite no exercício de direitos subjetivos e função de reequilíbrio do contrato[445].

---

[443] (MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé como modelo (uma aplicação da teoria dos modelos de Miguel Reale). In: BRANCO, Gerson; MARTINS-COSTA, Judith. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2002, p.198-199)

[444] TEPEDINO, Gustavo. A técnica da representação e os novos princípios contratuais. In: **Revista Forense**, v. 36, São Paulo: Forense, 2006, p.122.

[445] Ibidem.

Nesse sentido, também não se pode olvidar a famosa fórmula elaborada por Franz Wieacker que, no contexto do ordenamento alemão, sugere a tríplice função da boa-fé em razão da cláusula geral do §242. Segundo ele, o magistrado pode atuar: a) no fiel cumprimento do ordenamento jurídico, limitando-se a praticar tão somente o *officium judicis* de acordo com aquilo estabelecido pela norma; b) com maior liberdade, avançando sobre a letra da lei, ao exigir que as partes se comportem de maneira mais justa na defesa dos seus direitos; c) de forma contrária a lei, rompendo com a estrutura do direito estrito praticado habitualmente pela jurisprudência[446]. A propósito, também é de Franz Wieacker a constatação de que, acima de tudo, a boa-fé tem função de reequilíbrio contratual, segundo a qual ao juiz é lícito criar um novo direito, extrapolando a previsão legislativa original. Por assim dizer, haverão momentos que, em nome da boa-fé, muitas vezes serão necessárias rupturas sobre situações puramente formais diante da exigência de uma solução concreta materialmente equivalente àquilo previsto e socialmente justo, como se espera.

Interessante também é clareza de Fernando Noronha ao tratar do tema:

> nesse âmbito da interpretação e da execução do contrato (e do negócio jurídico em geral), a boa-fé traduz-se em três comandos, correspondendo, cada um, a sua diversa finalidade, ou função. Ao comando segundo o qual as partes devem proceder de acordo com a boa-fé, quando se trate de determinar o sentido das estipulações contidas em determinado contrato (ou outro negócio jurídico), chamemos de função interpretativa da boa-fé. Aos dois comandos em que se desdobra o dever de agir de acordo com a boa-fé na execução do contrato, chamemos de funções de integração e de controle – um explicitará deveres, o outro delimitará direitos: o primeiro explicita (e de certo modo amplia) os deveres de comportamento do credor e devedor, ainda que não expressamente previstos nem no pacto celebrado, nem na lei; o segundo marca limites dos direitos que o credor tem a faculdade de exercer contra o devedor[447].

Há que se considerar, entretanto, que todas elas entendem e realizam a relação contratual como uma redoma de cooperação e respeito mútuo, de modo que, a depender da hipótese em concreto, distinguem-se e assemelham-se por apresentarem soluções direcionadas a cada situação específica. No contexto do Código Civil vigente, sobretudo na esfera dos negócios jurídicos, a boa-fé pode ser vislumbrada em cada uma de suas acepções, apresentando-se de maneira isolada ou mesmo conjugada, sempre de acordo com as classificações propostas pelos juristas que se dedicam ao tema. É por isso que Nelson Rosenvald adverte que, de qualquer jeito, "em qualquer das três funções concedidas à boa-fé,

---

[446] WIEACKER, Fraz. **El principio de La buena Fe**. Tradución de José Luis Carro.Prólogo de Luis Diez-Picazo. Madrid: Editorial Civitas SA, 1977.

[447] NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais:** autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994, p.151.

residirá um confronto entre a atividade judicial de aplicação do princípio e o direito positivado na norma"[448].

Assim ganha relevo este princípio. Ou seja, ao promover verdadeira revolução no sentido primário de contrato, retirando do seu conceito todo o caráter competitivo (segundo o qual o prejuízo de uma parte correspondia à vantagem da contraparte), a boa-fé objetiva passa a contribuir na busca pela perfeita execução e conclusão do negócio, no qual os interesses particulares e sociais se encontram na medida em que as partes são dignas de respeito e cooperação mútua.

A partir de tais considerações, adiante se demonstrará como, de fato, a boa-fé objetiva é instrumento de enorme relevância jurídica, na medida em que visa a regular as relações materiais estabelecidas entre os sujeitos de direito, interpretando a intenção e a conduta dos envolvidos e corrigindo distorções que afrontem a eticidade e a função social dos contratos. Mais que isso, contornando o tema central desta pesquisa, adiante também se verá que o princípio da boa-fé também tem o poder de limitar a exigibilidade dos termos pactuados ao mínimo ético exigível e estabelecer os deveres anexos que objetivam o integral e fiel cumprimento daquilo que se vislumbrou avençar.

4.2.1 Função interpretativa

Interpretar, como ensina Maria Helena Diniz, é "descobrir o sentido e o alcance da norma, procurando a significação dos conceitos jurídicos"[449]. Assim, o magistrado, diante da vagueza, ambiguidade ou má redação que pode comprometer a perfeita compreensão de alguns dispositivos legais, deve se valer da técnica de interpretação ao aplicar determinada norma ao caso *sub judice*. Para tanto, segundo a autora, ele deverá pesquisar o seu significado, tentando compreender o sentido e a intenção empregados pelo legislador, na tarefa de adaptação às mudanças promovidas pelo progresso econômico na vida social[450]. É o com o que também concorda Nelson Rosenvald, ao analisar que

> no cotejo entre os elementos externo (declaração) e interno (vontade real), o magistrado partirá do elemento externo para o interno. Será uma forma

---

[448] ROSENVALD, Nelson. **Dignidade da pessoa humana e o princípio da boa-fé no Código Civil.** Coleção Prof. Agostinho Alvim. São Paulo: Saraiva, 2007, p.86.

[449] DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.147.

[450] A supracitada autora que, resumidamente, equipara a tarefa de interpretação ao ato de dar o verdadeiro significado, explica que as funções da interpretação, conforme os ensinamentos de Machado Neto, "a) conferir a aplicabilidade da norma jurídica às relações sociais que lhe deram origem; b) estender o sentido da norma a relações novas, inéditas ao tempo de sua criação; c) temperar o alcance do preceito normativo, para fazê-lo corresponder às necessidades reais e atuais de caráter social" (Ibidem, p.147).

> eclética de interpretar o nascimento do contrato e exprimir o ato de autonomia privada que gerou o conteúdo substancial do contrato.

De fato, é bem verdade que, ao penetrar no negócio jurídico com base nos parâmetros da boa-fé objetiva, nota-se que a observação meramente formal da relação obrigacional finalmente dá lugar a uma investigação mais apurada da relação contratual como um todo. Em termos práticos, a imposição de um padrão correto de comportamento conferido pela boa-fé e o olhar atento aos deveres sociais decorrentes do princípio da função social do contrato auxiliam o julgador em sua atividade interpretativa, através da qual também se analisam as consequências jurídicas, sociais e econômicas de sua decisão. É a composição voluntária de interesses individuais dividindo espaço com o coletivo.

Normalmente, o que caracteriza o processo de interpretação é que o intérprete visa a entender o significado do texto, sem acrescentar ou omitir elementos novos. Entretanto, confiante de que o intérprete, na realidade, nunca se comporta de maneira puramente passiva (se não, o texto nada diria a quem não entenda sobre ele alguma coisa), Karl Larenz alerta para a finalidade da interpretação, afirmando que a "missão da interpretação da lei é evitar a contradição entre normas, responder as questões sobre concurso de normas e concurso de regulações e delimitar, uma face às outras, as esferas de regulação, sempre que tal seja exigível"[451].

Dispõe o artigo 113 do Código Civil brasileiro que "os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração", residindo aí a base legal da função interpretativa do princípio da boa-fé, esta que é, dentre todas, a mais conhecida pela doutrina brasileira. Assim, enquanto Teresa Negreiros refere-se a esta função como interpretativa-integrativa[452], Judith Martins-Costa define a boa-fé como cânone hermenêutico-integrativo dos negócios jurídicos em geral[453].

Por esta função, compreende-se que o aplicador do direito deve sempre se posicionar considerando o contexto do contrato celebrado por um homem médio, amparando a sua conduta com a razoabilidade esperada pela sociedade. É com o que concorda Paulo Luiz Netto Lôbo, ao eliminar qualquer suspeita de que a boa-fé objetiva se revela como um princípio dedutivo, sustentando que se trata de "medida e diretiva para pesquisa da norma de decisão, da regra a aplicar no caso concreto, sem hipótese normativa preconstituída, mas que será preenchida com a mediação concretizadora do intérprete-julgador"[454].

---

[451] LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p.441.

[452] NEGREIROS, Teresa. **Teoria Geral do contrato**: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.135.

[453] MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.428.

[454] LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios sociais dos contratos no CDC e no novo Código Civil. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n.55. Disponível em <http://jus.uol.com.br/revista/texto/2796> Acesso em 17 jan.2011.

Nesta tarefa de interpretação e esclarecimentos, Orlando Gomes acentua que é necessário averiguar o sentido que a pessoa que contratou atribuiria à sua declaração negocial, caso houvesse percebido algum vício presente no contrato ou mesmo alguma circunstância que o comprometesse, ainda que sensivelmente[455].

A função interpretativa, parece não haver mais dúvida, é facilmente traduzida na regra segundo a qual os negócios jurídicos devem ser interpretados de acordo com os comandos impostos pela boa-fé. Acrescente-se, nesse passo, que a tarefa hermenêutica deste princípio admite dois desdobramentos, conforme lição de Fernando Noronha:

> primeiro, os contratos (e os negócios jurídicos unilaterais) devem ser interpretados de acordo com seu sentido objetivo, aparente, salvo quando o destinatário da declaração conheça a vontade real do declarante, ou quando devesse conhecê-la, se agisse com razoável diligência; segundo, quando o próprio sentido objetivo suscite dúvidas, dever-se-á preferir o significado que a boa-fé aponte como mais razoável[456].

Quanto à primeira hipótese, percebe-se que não se fala mais tão somente em vontade interna (subjetiva) dos contratantes, mas sim em tutela da confiança e da aparência, posto que a boa-fé passa a injetar um sentido objetivo nesta projeção. Compreende-se a clássica utilidade hermenêutica da boa-fé em conferir ao contrato o significado que o credor e o devedor lhe atribuiriam se agissem com lisura e retidão esperados.

O segundo desdobramento desta função pode ser visualizado de acordo com sua serventia circunstancial, ou seja, nos casos de vagueza, contradição ou ambiguidade de qualquer cláusula contratual (cujo próprio sentido literal seja duvidoso), será preferível considerar seu significado de acordo com o que este princípio aponte como o mais razoável[457].

Vale dizer, em matéria de cláusulas abusivas, é esta a função sobre a qual a jurisprudência é chamada mais frequentemente a se pronunciar. Ou seja, é como se o

---

[455] GOMES, Orlando. **Contratos**. Atualizado por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

[456] NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais:** autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994, p.152.

[457] Impossível, nessa oportunidade, não registrar a seguinte lição de Fernando Noronha: "na busca do significado que a boa-fé aponte como o mais razoável, a jurisprudência, nos diversos países, consagrou um conjunto de regras cujo fundamento é sem dúvida o princípio da boa-fé, como as seguintes: 1. Comportando uma cláusula diversos sentidos possíveis, na dúvida, a interpretação deve favorecer o sentido que assegure a preservação do contrato, ou do negócio jurídico unilateral: é o princípio da conservação do contrato (ou do negócio), ou o princípio do *favor actus*. [...]. 2. Havendo dúvida quanto ao significado da cláusula, será ela aplicada no sentido mais favorável à parte que assume obrigações: é o princípio do menor sacrifício, ou da *interpretatio in favorem debitoris*, ou, ainda, do *in dubio mitius*. [...]. 3. Havendo dúvida quanto ao significado de cláusula predisposta por uma das partes, a interpretação deve ser no sentido menos favorável a quem a redigiu: é o princípio da interpretação contra o predisponente, ou da *interpretatio contra proferentem*, ou ainda a regra *in dubio contra stipulatiorem*. Esta regra é especialmente importante hoje em dia, devido à difusão dos contratos padronizados e de adesão" (Ibidem, p.155-156).

magistrado dispusesse permanentemente de um poder especial para decidir o caso que se lhe apresentasse de acordo com as circunstâncias concretas[458], devendo sempre ser analisada a finalidade econômico-social do contrato, de acordo com o que informa o princípio da boa-fé[459]. Em verdade, restará ao magistrado não mais analisar o sentido literal do texto contratual, mas sim observar o sentido correspondente ao contexto social e jurídico em que as partes encontram-se inseridas. É exatamente o que sustenta Judith Martins-Costa ao apontar a questão do desenvolvimento da ordenação contratual conforme o seu sentido, reconhecendo que são inúmeras as hipóteses em que o julgador não encontra apoio no texto contratual, "nem literalmente considerado, nem segundo a reconstrução da intenção das partes"[460].

Destaque-se, nesta oportunidade, a diretriz anunciada no artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (antiga LICC), segundo o qual o juiz, ao aplicar a lei, deve atender aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. A referida expressão, vista sob o prisma prático da relação jurídica, pode ser compreendida a partir das lições de Nelson Rosenvald[461], quando o mesmo afirma que se traduz por uma finalidade comum, para indicar que, numa relação, interessa que se destaquem os sentimentos de reciprocidade e equivalência entre os sujeitos envolvidos. Seria, então, a liberdade inerente ao ser humano, portanto, com certos limites definidos pelo ordenamento.

---

[458] Sobre isso, Teresa Negreiros bem pondera sobre o juízo de equidade, cujas hipóteses se restringem à existência de expressa previsão legal, citando o exemplo do artigo 413 do Código Civil, segundo o qual o juiz tem o dever de proceder à redução equitativa da penalidade. Segundo a autora, "na prática jurisprudencial, contudo, encontram-se decisões apoiadas na equidade em referência a hipóteses não abrangidas por permissivos legais expressos. Em matéria de cláusula penal, por exemplo, firmou-se a decisão do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, à luz das especificidades do caso concreto, a cláusula penal poderia ser reduzida judicialmente mesmo quando não se tivesse verificado o cumprimento parcial da obrigação, ou seja, mesmo fora da hipótese prevista no antigo artigo 924 do Código Civil de 1916. Hoje, é verdade, tal posicionamento encontra expresso respaldo legal, já que o artigo 413 do novo Código Civil estende a redução por equidade aos casos em que a multa seja 'manifestamente excessiva, independentemente de se ter verificado o cumprimento parcial da obrigação. À falta de previsão legal, para decidir por equidade, invocam-se os fins sociais (art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, Decreto-lei nº 4.657/42) a que se dirige a lei como critério para a delimitação de sua incidência no caso concreto. O caso da redução da cláusula penal poderia perfeitamente ter sido solucionado com o recurso ao princípio da boa-fé, o qual, dirigido especificamente à relação obrigacional, constitui uma fundamentação complementar à ideia de 'finalidade social da lei'. A interpretação da cláusula penal à luz do princípio da boa-fé impede que este instituto, distanciando-se da sua finalidade econômico-social, se transforme em instrumento de enriquecimento de um dos contratantes em detrimento do outro" (Ibidem, 2006, p.13).

[459] Ainda de acordo com a lição de Teresa Negreiros, a autora explica que "contraria a boa-fé permitir que, em nome da intangibilidade da vontade negocial, uma dada conjuntura que leve a distorções no que se refere à finalidade econômico-social do contrato ou de dada cláusula contratual deixe de ser considerada pelo julgador" (Ibidem, p.136).

[460] MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.429.

[461] ROSENVALD, Nelson. **Dignidade da pessoa humana e o princípio da boa-fé no Código Civil.** Coleção Prof. Agostinho Alvim. São Paulo: Saraiva, 2007.

Nesse raciocínio, evidencia-se a importância desta atividade judicante quando o magistrado se depara com uma situação em que a boa-fé servirá para suprir lacunas e flexibilizar a vontade declarada pelos próprios contratantes, mas que nem sempre se fazem expressas no contrato ou na lei. Assim, o magistrado poderá lançar mão da função interpretativa do princípio da boa-fé para filtrar o real desejo do agente participante da relação jurídica, procurando preservar a sua vontade, com vistas à compreensão das cláusulas contratuais postas, sem olvidar a necessidade de visualização ampla do contrato em sua totalidade, para que esta não se desvie da sua finalidade social e econômica.

Eis que surge, no bojo da atividade interpretativa, o recurso integrativo do princípio da boa-fé, destacando-se no momento em que se nota a necessidade de supressão de lacunas contratuais, problema que deve ser solucionado segundo os parâmetros de retidão, lisura e reciprocidade da boa-fé objetiva. Daí a nomenclatura utilizada por Judith Martins-Costa referir-se à boa-fé como cânone hermenêutico-integrativo, frente à evidência de que, por vezes, tornam-se exigíveis às partes atitudes que não resultam nem de expressa previsão legal, tampouco de cláusulas contratuais por eles firmadas:

> a boa-fé atua como cânone hermenêutico integrativo frente à necessidade de qualificar esses comportamentos, não previstos, mas essenciais à própria salvaguarda da *fattispecie* contratual e à plena produção dos efeitos correspondentes ao programa contratual objetivamente posto.

Ressalte-se, entretanto, que ao juiz será útil lançar mão deste recurso em sua tarefa hermenêutica, mesmo que contrarie a vontade contratual, se este for o caso, já que, como outrora já fora posto, relativiza-se a autonomia da vontade em favor dos parâmetros da boa-fé objetiva e da função social dos contratos. Constata-se, então, a atuação interpretativa do princípio da boa-fé como critério jurídico para análise da finalidade da relação jurídica levada à juízo.

Imperiosa, entretanto, é a ressalva de que não pode a função interpretativa da boa-fé objetiva reduzir-se ao equivocado entendimento de que sua utilidade se restringe tão somente às hipóteses de suplemento de lacuna no contrato, tampouco de esclarecimento de alguma cláusula ambígua. Na opinião de Teresa Negreiros, deve-se considerar, sobretudo, a sua utilidade hermenêutica como um fundamento suficiente para invalidação de cláusulas que venham de encontro aos parâmetros de reciprocidade exigidos pela boa-fé objetiva, tal como previsto no artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor, que infere como nulas de pleno direito as cláusulas abusivas[462].

Interessa, nesta oportunidade, a observação de Humberto Junior e Juliana Cordeiro de Faria, ao constatarem que "em nenhum terreno jurídico se mostra mais relevante

---

[462] A propósito, interessante é a indagação de Teresa Negreiros, que analisa se o princípio da boa-fé, fora do âmbito das relações de consumo, pode levar à declaração de nulidade de uma cláusula contratual (NEGREIROS, Teresa. **Teoria geral dos contratos:** novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006). Este tema será retomado em momento oportuno, no último capítulo da pesquisa. Já é possível antecipar, entretanto, que a resposta deve ser positiva.

e atuante o princípio ético da boa-fé do que na hermenêutica contratual"[463]. Manifesta-se de especial importância a funcionalidade deste princípio no direito privado, que se faz peculiar por jamais poder ser revogado, nem mesmo pela vontade das partes e, dentre outras serventias, também auxilia a atividade do magistrado na interpretação e compreensão de uma série de impasses contratuais.

Aqui já se destacou a atuação da boa-fé objetiva como critério interpretativo nas relações contratuais, restando inaceitável não mencionar o posicionamento do autor português Emillio Betti sobre o assunto, citado por Humberto Theodoro Junior e Juliana Cordeiro de Faria, que se dedicam ao tema priorizando a sua utilidade prática na atividade interpretativa dos contratos civis:

> como critério objetivo na interpretação técnica, e, mais precisamente, como instrumento para interpretar o preceito contratual, não já simplesmente segundo a letra, mas segundo o espírito. Na verdade, em face de uma interpretação cavilosa que, reportando-se ao texto literal do contrato, se apóie na ausência de certas pactuações consequenciais, a parte interessada pode – mesmo na falta de usos a tal respeito – recorrer à boa-fé, já não entendida, aqui, como lealdade no negociar, mas como espírito de colaboração, que deve animar cada uma das partes[464].

Fica demonstrado o exercício interpretativo deste princípio inserido no eixo central de um contrato. A função hermenêutica do princípio da boa-fé objetiva, que, ao mesmo tempo em que impõe moralidade e equilíbrio às relações interpessoais, atua como vetor de interpretação dos negócios jurídicos, o não implica na exclusão dos demais princípios que informam a nova teoria contratual. Em verdade, a boa-fé, em sua função integrativa, tem por objetivo assegurar que a finalidade da obrigação será alcançada, no mesmo passo que também promove o incremento de princípios como a equidade, a função social e equivalência material.

Ou seja, para garantir que o contrato produza seus efeitos esperados de maneira coerente e suficiente, é necessário que às partes não seja imposto o padrão de comportamento compatível com os parâmetros da boa-fé e da função social (nem explícita, nem implicitamente), mas sim que partam das mesmas esta postura. Com razão, é o que explica Judith Martins-Costa, ao considerar que a boa-fé atua como "cânone hermenêutico-integrativo" na tarefa de padronização dos comportamentos, "não previstos, mas essenciais à própria salvaguarda da *fattispecie* contratual à plena produção de efeitos correspondentes ao programa contratual objetivamente posto"[465].

---

[463] FARIA; Juliana Cordeiro de; THEODORO JUNIOR, Humberto. Contrato. Interpretação. Princípio da boa-fé. Teoria do Ato Próprio ou da Vedação do comportamento contraditório. **Revista IOB de Direito Civil e Processo Civil**. V.9. n. 54 – Jul/Ago. Porto Alegre: Síntese, 2008, p.41.

[464] Ibidem, p.42.

[465] UDA, Giovanni Maria *apud* MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social entre *cosmos* e *táxis:* a boa-fé nas relações de consumo. In: MARTINS-COSTA, Judith. **A reconstrução do direito privado**: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p.428.

Duas últimas ressalvas referentes ao recurso interpretativo que caracteriza o princípio da boa-fé revelam-se necessárias.

Primeiramente, muito embora se saiba que o sentido de totalidade, cooperação e solidariedade contemplado e perseguido pela nova teoria contratual somente será alcançado a partir da utilização do recurso da boa-fé objetiva, é bom que fique claro que este assim não o fará isoladamente. Em verdade, somente em comunhão com os demais princípios contratuais – liberais e sociais – poderá se alcançar o patamar desejado, "como concretização do princípio constitucional da solidariedade e, em última instância, da tutela da igual dignidade dos contratantes"[466].

A segunda ressalva consiste em apontar a necessidade de preservação da finalidade social e econômica do negócio jurídico, determinando o sentido do contrato em toda sua trajetória, que deverá voltar-se à manutenção da relação cooperativa e dialógica[467]. Ou seja, ainda que, em certos casos, a operação hermenêutica contrarie a vontade contratual, deve-se priorizar o interesse maior, qual seja o equilíbrio coletivo. É exatamente como adverte Teresa Negreiros, ao pronunciar-se sobre o confronto entre os interesses particular e coletivo, na certeza de que a ideia de finalidade econômica e social do contrato deve ser obrigatoriamente considerada pelo intérprete a fim de sempre conformá-la ao princípio da boa-fé. Segundo a autora, "contraria a boa-fé permitir que, em nome da intangibilidade da vontade negocial, uma dada conjuntura que leve a distorções no que se refere à finalidade econômico-social do contrato ou de dada cláusula contratual deixe de ser considerada pelo julgador"[468].

Nota-se que, embora a função interpretativa da boa-fé objetiva revele-se como uma das atuações mais indispensáveis deste princípio, trata-se de um tema que não exige muitas delongas, por ser de fácil compreensão. Basta considerar que o aplicador do direito encontra na boa-fé objetiva um seguro referencial hermenêutico, pois que, através deste princípio, é possível extrair da norma o sentido moralmente mais recomendável e socialmente mais útil[469].

Assim, ao invocar o princípio da boa-fé, certamente estará se ponderando a finalidade da relação jurídica sob julgamento, razão por que é cabível o condicionamento da

---

[466] ROSENVALD, Nelson. **Dignidade da pessoa humana e o princípio da boa-fé no Código Civil.** Coleção Prof. Agostinho Alvim. São Paulo: Saraiva, 2007, p.90.

[467] EDUARDO, Luiz Bussata. Princípio da conservação dos contratos. In: CASTILHO, Ricardo; TARTUCE, Flavio (coords.). **Direito Civil**: direito patrimonial e direito existencial. Estudos em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. São Paulo: Método, 2006, p.147.

[468] NEGREIROS, Teresa. **Teoria Geral do contrato**: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.136.

[469] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**: contratos, tomo 1, teoria geral. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p.69.

sua interpretação às verdadeiras circunstâncias do caso concreto, pois, em verdade, são elas que revelam a sua finalidade.

Constata-se, nesse aspecto, ter havido um significativo avanço na delimitação do próprio conteúdo do princípio da boa-fé objetiva:

> é, com efeito, muito diferente afirmar, de um lado, que a boa-fé impõe a consideração da finalidade da relação jurídica à luz das circunstâncias concretas, e, de outro, afirmar que a concreção do princípio da boa-fé não permite parâmetros prévios, exatamente em razão da importância das circunstâncias específicas de cada caso[470].

Judith Martins-Costa ainda se refere à função interpretativa da boa-fé como "mandado de otimização dos deveres e cânone de interpretação"[471], e afirma que a sua dimensão é a do peso e do valor e, por isso, a sua atuação concreta opera articuladamente com outros princípios e, por que não, com outras funções.

4.2.2 Função supletiva

A função supletiva da boa-fé implica na determinação deste princípio como fonte criadora de deveres anexos (laterais, acessórios)[472] que se somam àqueles já dispostos contratualmente.

A reflexão acerca destes deveres permite imaginar aqueles que parecem evidentes à luz do que, em primeira ordem, preceitua a boa-fé objetiva, pois nascem juntamente com a obrigação assumida contratualmente. É de se registrar, contudo, que estes deveres independem de previsão expressa de qualquer cláusula contratual, tampouco se esgotam em uma lista exaustiva de direitos e deveres dos contratantes, vez que dependem da análise do caso específico para serem cogitados e exigidos de acordo com o que socialmente se espera de um homem médio de acordo com as circunstâncias em que se insere.

Informação, proteção, sigilo, lealdade, custódia, colaboração e assistência são alguns dos deveres que se impõem segundo a concepção da boa-fé contratual[473]. Vale dizer,

---

[470] Idem. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.233.

[471] MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social entre *cosmos* e *táxis:* a boa-fé nas relações de consumo. In: MARTINS-COSTA, Judith. **A reconstrução do direito privado**: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p.642.

[472] Fernando Noronha prefere chamá-los de "deveres fiduciários", por ser denominação que aponta diretamente para o fato de eles serem exigidos pelo dever de agir de acordo com a boa-fé, tendo como fundamento a confiança gerada na outra parte (NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais:** autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994).

tais deveres não se esgotam em uma lista de obrigações decorrentes do princípio da boa-fé. De fato, o legislador, ao editar a cláusula geral da boa-fé objetiva, jamais se atreveria a reduzir os parâmetros de correção e reciprocidade que se impõem de maneira distinta em cada situação.

Ou seja, ao se formalizar um contrato, é perfeitamente possível identificar a existência dos deveres de prestação, que se subdividem em primários e secundários, cada qual com sua importância particular para a fiel execução da obrigação convencionada. Assim, traduzem-se em prestações materialmente exigíveis no curso da relação jurídica, sendo que os deveres primários correspondem à realização da obrigação principal e os secundários compõem a categoria dos deveres que se fazem necessários para o perfeito cumprimento da prestação debitória[474]. Não é a toa que a boa-fé objetiva sugere a criação dos deveres de conduta, os quais, paralelamente à obrigatoriedade dos deveres de prestação – primários e secundários – também guardam sua importância para o correto processamento da relação obrigacional posta. De fato, os deveres de conduta não são essenciais à fiel execução contratual, mas, sem sequer necessitar de transcrição, impõem-se aos autores da relação jurídica, pois decorrem do princípio contratual da boa-fé.

É exatamente com o que concorda Clóvis Couto e Silva ao reconhecer a importância dos deveres acessórios criados no compasso da boa-fé objetiva, pois pressupõem a compreensão definitiva da nova relação obrigacional, que passa a ser vista como um

---

[473] "O mais típico dever acessório derivado do princípio da boa-fé é o dever de informar: 'o dever de informar é classificado como dever anexo. A identificação e disciplina de sua exigibilidade dá-se mediante a incidência, sobre a relação jurídica contratual, do princípio da boa-fé, em seu sentido objetivo'" (FRADERA, Vera M. Jacob *apud* NEGREIROS, Teresa. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.238).

[474] Na lição de Fernando Noronha, tais deveres são típicos das relações obrigacionais complexas, aquelas que não se reduzem apenas a um conjunto de direitos e deveres postos em determinadas cláusulas contratuais, e exemplifica: "encarando a relação contratual do ponto de vista da relação obrigacional simples, poderemos falar na obrigação de pagar o aluguel, com o locador podendo exigir este, e o locatário devendo pagá-lo. Do ponto de vista da relação obrigacional complexa, teremos o conjunto de direitos e deveres que na locação unem reciprocamente locador e locatário, a que se referem os arts. 22 e 23 da Lei nº 8245/91. [...]. E repare-se que muitos outros direitos e deveres existem, previstos noutros preceitos, como a obrigação do locador de dar preferência ao locatário na hipótese de venda (art. 27), o direito do locador de exigir periodicamente reajustes (art. 17, parágrafo único) e revisões (arts. 19 e 68), ou ainda o seu direito de recusar o pagamento de aluguéis atrasados ou em montante inferior ao devido, e mesmo direito de requerer despejo do locatário" (NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais:** autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 2004, p.158). No mesmo sentido, Judith Martins-Costa: "é o caso, por exemplo, da fixação por via judicial, dos deveres secundários de prestação, conhecidos no direito comum como *naturalia negotti*, como o dever do transportador de conduzir com segurança a pessoa ou a coisa transportada. Aqui, não atua o juiz *preater legem*, não inova ou cria direito, mas apenas cumpre a obrigação de atuação estabelecida pela lei" (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.432).

"processo complexo"[475]. São inúmeras as vantagens, na medida em que surge a preocupação com a finalidade global da obrigação, e não somente seu adimplemento, e, com isso, exige-se a manutenção de uma relação de mútua cooperação entre os contratantes.

Interessante é a transcrição da lição de Renan Lotufo, que, tomando por base a abertura conceitual do princípio da boa-fé, define o mesmo de forma a facilitar a compreensão da sua função supletiva:

> a boa-fé traduz-se no dever de cada parte agir de forma a não defraudar a confiança da outra parte, alcançando todos os participantes da relação jurídica, não importando o ponto de vista psicológico de uma das partes, servindo como norte e padrão de conduta a ser seguido[476].

Cumpre considerar que, muito embora o artigo 422 do Código Civil imponha que assim os contratantes devem agir na conclusão do contrato, como em sua execução, é certo que a boa-fé objetiva cria deveres anexos igualmente nas fases que antecedem e que procedem ao negócio firmado, como outrora já se antecipou. É nesse aspecto que a função supletiva revela-se um eficiente elemento de complementação dos contratos, trazendo para o pacto deveres implícitos, porém anexos, que prontamente são impostos aos contratantes. Com efeito, representam os deveres que sequer precisam de fixação expressa em cláusula contratual, nem mesmo disposição legal. Observa-se o caráter cogente e verdadeiramente amplo do princípio da boa-fé, que guarda atuação multifuncional em termos de contrato.

É importante registrar que tais deveres são impostos tanto ao sujeito ativo como ao sujeito passivo da relação jurídica obrigacional. Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho advertem que o que realmente interessam em uma relação obrigacional é a exata satisfação dos interesses ali envolvidos, sem desconsiderar a função social à que se destina. Visualiza-se, neste aspecto, a função normatizadora do princípio da boa-fé, que regula os deveres laterais cuja enumeração não pode ser considerada taxativa[477].

A despeito da definição empregada a cada um desses deveres acessórios, convém salientar que eles representam a materialização da boa-fé objetiva no bojo do negócio contratual, especificada na função supletiva deste princípio. Nesse raciocínio, acrescente-se que a ordem jurídica, ao conferir tamanha amplitude a este postulado, exige que não se descuide da compreensão quanto à essência da boa-fé objetiva: aos contratantes, impõe-se a

---

[475] SILVA, Clóvis Couto e. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (org). **O direito privado na visão de Clóvis Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

[476] LOTUFO, Renan. **Código Civil Comentado**: parte geral (arts. 1º a 232). 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.315.

[477] (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**: contratos, tomo 1, teoria geral. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2006). Na opinião dos juristas, "com isso, quer-se dizer que não se poderia, obviamente, na investigação da causa genética de tais deveres anexos, prescindir dos fatos materiais de que são originados (as negociações preliminares, o contrato, o fim do negócio etc) (Ibidem, p.68).

adoção de comportamentos condizentes com o dever geral de lealdade e confiança, obrigatórios em todo e qualquer tipo de contrato[478].

Ao primeiro olhar, talvez pareça tal explicação um tanto quanto abstrata ao considerar a relação jurídica em seu sentido amplo. De fato, a partir do momento em que sujeitos de direito firmam um contrato, fazem nascer uma série de obrigações, constituindo o que Fernando Noronha chama de "relação obrigacional simples"[479], quando, em verdade, convencionam muito mais do que uma mera abstração teórica. Segundo o autor, o que se encontra na vida real são relações obrigacionais complexas, que sugerem algo mais do que a mera soma dos direitos, deveres, poderes e outras faculdades jurídicas nela englobadas. Parece razoável a opinião do autor, que pondera o seguinte:

> quando se considera a relação obrigacional simples, seleciona-se de uma determinada situação da vida real apenas um direito respeitante a uma prestação exigível (direito subjetivo de crédito), acompanhado do dever correspondente de realizá-la, que está a cargo de outra pessoa. Quando se considera a relação obrigacional complexa, olha-se a situação na sua totalidade, considerando direitos, deveres, poderes, ônus e faculdades, digam ou não respeito a prestações exigíveis de uma ou outra parte[480].

Diante da insistência do autor quanto à necessidade de abandonar a visão de que a relação contratual se resume ao dever de prestar e ao correlato dever de exigir, e compreender a situação jurídica estabelecida de forma globalizante, não resta mais dúvida de que não se pode resumir uma relação contratual exclusivamente ao que fora expressamente firmado e afirmado pelos contratantes no corpo do seu texto. Há que se atentar para o que o ordenamento jurídico, sobretudo na esfera da teoria contratual contemporânea, contempla em termos de segurança jurídica e social[481].

---

[478] É de se acrescentar a observação de Fernando Noronha acerca da relação entre as funções supletiva (integrativa) e interpretativa da boa-fé objetiva: "se deveres laterais e até diversos deveres secundários de prestação se integram ao contrato por força do princípio da boa-fé, é por que a função integrativa não é qualitativamente diversa da função interpretativa: a integração é apenas a continuação da interpretação do contrato, para além das disposições previstas pelas partes ou impostas pela lei. Dizendo de outra forma, tanto a função interpretativa como a integrativa tem por finalidade determinar quais são as obrigações e quais são os direitos das partes – aliás, determinando quais são as obrigações de uma parte, ao mesmo tempo ficam estabelecidos os direitos que competem à respectiva contraparte" (NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais:** autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994, p.166).

[479] Nas suas palavras, "somente vendo o vínculo entre credor e devedor, que se traduz no poder do primeiro de exigir uma prestação, que o segundo tem o dever de realizar" (Ibidem, p.157).

[480] Ibidem, p.157.

[481] É com o que concorda Nelson Rosenvald ao se dedicar especificamente ao tema dos deveres de conduta que surgem ancorados no princípio da boa-fé objetiva: "o ponto de partida da compreensão dos deveres de conduta é a constatação da relação jurídica como totalidade, no qual o credor e devedor compartilharão de lealdade e confiança para, recusando a posição clássica de 'antagonistas', assumirem uma postura colaboracionista rumo ao adimplemento e ao bem comum, como finalidade que polariza todo o 'processo' da obrigação" (ROSENVALD, Nelson. **Dignidade da pessoa humana e o princípio da boa-fé no Código Civil.** Coleção Prof. Agostinho Alvim. São Paulo: Saraiva, 2007, p.93).

Sabe-se que o direito pode se revelar estático em diversas situações, sendo esta uma das críticas mais antigas ao fato de que as normas não conseguem acompanhar as mutações sociais e econômicas da sociedade. No que se refere aos contratos, não é diferente, uma vez que é impossível a tarefa do legislador ser suficiente em prever todos os acontecimentos à nossa volta. É inclusive por isso que não se tenta exaustar nas cláusulas contratuais os deveres assumidos pelos contratantes como sujeitos de direito.

É impossível determinar, de forma satisfatória e definitiva, o teor dos deveres laterais, haja vista eles não se exaurirem em uma mera lista que pretende atribuir certos comportamentos das partes quando envolvidas em uma relação obrigacional, seja ela qual for. A mente humana é muito mais fértil do que se pode imaginar, e seria até irresponsável por parte de qualquer jurista a tentativa de exaurir estas obrigações, nem mesmo conceituá-las em termos absolutos[482].

A propósito, Judith Martins-Costa, atenta a esta realidade, explica que estes deveres podem variar conforme as circunstâncias apresentadas, tendo diferentes utilidades, "quer se trate de uma relação em que as partes são fundamentalmente desiguais, quer se trate de uma relação substancialmente paritária", na medida em que a sua "existência se atrela à incidência dos mencionados princípios e *standards*, em outras palavras, de exigências do tráfico jurídico-social viabilizadas pela boa-fé objetiva"[483]. Segundo a autora, a própria incidência do princípio da boa-fé objetiva, notadamente contemplado como uma cláusula geral, irá repercutir no efetivo conteúdo dos deveres laterais, que será densificado em cada relação concreta[484].

É nesse raciocínio que aqui também se eleva a boa-fé objetiva como limite nas relações contratuais e se assegura a sua função supletiva como determinante para a preservação destes negócios. É o princípio da boa-fé criando prestação diversa da principal fixada pelas partes.

---

[482] Desafiando esta observação, registre-se a lição de Antonio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, que admite que, em sua função supletiva, o princípio da boa-fé é usualmente tripartido em deveres de proteção, de esclarecimento e de lealdade: "as partes, enquanto perdure um fenômeno contratual, estão ligadas a evitar que, no âmbito desse fenômeno, sejam inflingidos danos mútuos, nas suas pessoas e nos seus patrimônios". Em relação ao dever de esclarecimento, continua o autor: "as partes são obrigadas a, na vigência do contrato que as une, informarem-se mutuamente de todos os aspectos atinentes ao vínculo, de ocorrências que, da execução contratual, possam advir" Já sobre os deveres acessórios de lealdade, estes "obrigam as partes a, na pendência contratual, absterem-se de comportamentos que possam falsear o objetivo do negócio ou desequilibrar o jogo das prestações por elas consignado" (MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **Tratado de Direito Civil Português**: parte geral. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p.604).

[483] MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social entre *cosmos* e *táxis:* a boa-fé nas relações de consumo. In: MARTINS-COSTA, Judith. **A reconstrução do direito privado**: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.395.

[484] Ibidem, p.395.

Em verdade, dada a relação de confiança que se cria em um contrato fundamentado na boa-fé objetiva, verifica-se que a função supletiva exerce importante tarefa conciliadora entre os contratantes quando se exige que eles se comportem conforme os parâmetros de confiança, lealdade e reciprocidade informados pelo princípio em referência. Em termos práticos, tudo passa a ser orientado conforme as circunstâncias concretas de uma dada situação que anteriormente se mostrava impossível de prever ou de regulamentar em uma simples cláusula contratual, mas que tem na capacidade supletiva do princípio da boa-fé uma direção que passa da pura abstração à solução do caso concreto.

Evidencia-se que os deveres de conduta são exigências de uma atuação calcada na boa-fé e derivadas do sistema, e não da mera declaração de vontade das partes, pois o seu âmbito transcende o da mera contratualidade.

Diante dessas colocações, aqui se alcançam algumas conclusões que merecem ser compartilhadas.

Tamanha é a importância da função supletiva da boa-fé que a violação dos deveres anexos decorrentes deste princípio pode implicar em diversas consequências, tais como a invalidação do próprio negócio jurídico, direito da contraparte à indenização por responsabilidade civil e, a depender da situação, a resolução do contrato.

A atuação do sujeito submetido aos parâmetros do princípio da boa-fé objetiva, independente da fase em que se encontra o contrato (formação, execução ou conclusão), não deriva necessariamente da premissa da autonomia privada, nem mesmo de determinação legal, mas sim dos ideais impostos pela boa-fé objetiva que, como cláusula geral, é capaz de acompanhar e se subsumir a todo e qualquer contrato.

Interessante a constatação aludida, já que admitir a presença dos deveres de conduta significa reconhecer definitivamente, como acerta Teresa Negreiros, que a boa-fé propicia notável alargamento do próprio conteúdo contratual[485]. Tal conclusão não presume tão somente o reconhecimento de uma vontade tácita das partes, mas resulta de uma compreensão de que a celebração do contrato deve atender às finalidades internas e externas do ordenamento jurídico brasileiro que tem na nova teoria contratual sua grande esperança de renovação definitiva do direito civil.

4.2.3 Função restritiva

Eis que finalmente se destaca a função restritiva de direitos. Significa, em primeira análise, uma limitação ao exercício de direitos subjetivos em prol da conformidade

---

[485] NEGREIROS, Teresa. **Teoria Geral do contrato**: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

dos parâmetros invocados pelo princípio da boa-fé. Representa, sobretudo, hipóteses em que a boa-fé objetiva opera negativamente, impedindo ou sancionando condutas contraditórias e vedando exercício de direitos subjetivos ou de direitos potestativos.

Na realidade, segundo Shandor Portella Lourenço, a necessidade de tutelar a confiança como um valor jurídico fez nascer a função de controle da boa-fé objetiva, haja vista que através dela pretendeu-se coibir uma gama de atos abusivos, criando uma tendência a realçar o valor da solidariedade e da eticidade no ordenamento pátrio[486].

Esta funcionalidade de restrição e controle dos direitos subjetivos, dentre todas, é a que mais se aproxima do tema desta pesquisa, que traz em seu título a ideia da boa-fé objetiva como critério delimitador do abuso do direito. Nesses termos, nada mais razoável do que o fundamento dos recursos proporcionados pelo princípio da boa-fé, que, em meio às suas inúmeras utilidades interpretativas e integrativas, também atua como limite nas relações contratuais. A boa-fé objetiva, em atuação conjunta com o princípio da função social, compõe a nova teoria contratual, marcada pela renovação do instituto dos contratos, e é com base nesse parâmetro que aqui se sugere este princípio como critério delimitador do ato abusivo.

Ademais, anote-se o oportuno ensinamento de Nelson Rosenvald, que reconhece a íntima relação entre a boa-fé objetiva o abuso do direito, inferindo, inclusive, que

> só é possível conceber um liame entre eles no contexto das obrigações complexas, nas quais a livre vontade dos contratantes perde a exclusividade, pois o nível de atuação dos direitos subjetivos é funcionalizado em vista do adimplemento da relação jurídica. A boa-fé atuará no sentido de conceder renovado perfil à autonomia privada, conduzindo os direitos subjetivos a limites equilibrados, prestigiando o princípio da solidariedade e, em última instância, a dignidade das partes[487].

Com efeito, a característica principal desse comando, claramente anunciada por Carlos Alberto de Arruda Silveira, é a "imposição às partes de que os direitos sejam exercidos dentro de determinados limites, de maneira a não conferir sacrifícios demasiados à contraparte"[488] que, por óbvio, também é sujeito legítimo de direitos.

Desponta a extrema importância da ideia da boa-fé objetiva atuando como limite ao exercício de direitos subjetivos, considerando este princípio como máxima de conduta ético-jurídica[489]. Tal poder decorre do atual sistema constitucional brasileiro, o qual busca o

---

[486] LOURENÇO, Shandor Portella. O abuso de direito e a função de controle da boa-fé objetiva. In: **Revista da AGU- Advocacia Geral da União**, ano VII, n. 17, Brasília, 2008.
[487] ROSENVALD, Nelson. **Dignidade da pessoa humana e o princípio da boa-fé no Código Civil.** Coleção Prof. Agostinho Alvim. São Paulo: Saraiva, 2007, p.116.

[488] SILVEIRA, Carlos Alberto de Arruda. **Contratos**. 2. ed. Leme: Editora de Direito, 1999, p.29.

[489] É com o que concorda Nelson Rosenvald, ao aproximar o princípio da boa-fé objetiva ao instituto do abuso do direito: "o problema aqui posto é o do abuso do direito. O juiz poderá decidir além da lei, observando os limites sociais dos direitos subjetivos provados em contraposição ao problema intersubjetivo dos limites da pretensão perante o sujeito passivo desta" (ROSENVALD, Nelson.

desenvolvimento social e econômico, priorizando sempre a valorização da pessoa humana em toda e qualquer situação, o que denota a insubsistência de qualquer espaço para tirania de direitos[490].

É na contextualização desta tarefa de controle e restrição da boa-fé objetiva que se visualiza a sua relação direta com a teoria do abuso do direito, sobretudo diante da sua serventia como parâmetro limitador do exercício de direitos subjetivos inerentes às relações contratuais. É verdade que o supracitado artigo 187 do Código Civil de 2002, o qual prevê o instituto do abuso do direito, tem origem no artigo 334 do Código Civil português, cuja redação infere que "é legítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito". Ao inspirar-se no diploma civil português, o artigo 187 (referindo-se à ilicitude em lugar da ilegitimidade), identifica-se inegável aproximação entre a boa-fé objetiva e o abuso do direito no âmbito das relações contratuais.

Esta especial ligação entre a boa-fé objetiva e o abuso do direito é identificada na medida em que se complementam, já que aquela opera como parâmetro de valoração do comportamento dos contratantes envolvidos na relação. Configura-se, portanto, o ato abusivo na medida do direito exercido irregularmente, consubstanciado na quebra de confiança e frustração de legítimas expectativas criadas[491].

Convém o destaque da lição de Judith Martins Costa que, em análise acerca das técnicas inibidoras de abusividade, assim analisa o papel da boa-fé objetiva diante do alargamento das hipóteses tradicionais de abuso do direito:

> tem sido reconhecida à boa-fé objetiva a função de limitação do exercício de direitos subjetivos, permitindo o alargamento, para além das hipóteses tradicionais do abuso de direito, da doutrina da inadmissibilidade do exercício, em certas condições, de direitos subjetivos e de posições jurídicas. A boa-fé atua, assim, como uma norma que não admite condutas que contrariem o mandamento de agir com lealdade e correção, o que afasta o exercício abusivo de posições jurídicas, notadamente no campo contratual[492].

Dignidade da pessoa humana e o princípio da boa-fé no Código Civil. Coleção Prof. Agostinho Alvim. São Paulo: Saraiva, 2007, p.87).

[490] Expressão utilizada por Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**: contratos – teoria geral. São Paulo: Saraiva, 2005).

[491] É nesse aspecto que também se identifica a atuação da boa-fé objetiva no controle de cláusulas contratuais abusivas, além da visualização das modalidades de abuso do direito decorrentes da violação da boa-fé objetiva, a exemplo das conhecidas figuras da *venire contra factum proprium* (proibição de comportamento contraditório), *tu quoque*, *supressio* e *surrectio*, dentre outras modalidades que merecerão atenção em momento próprio.

[492] MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.651.

Sabe-se que o princípio da boa-fé objetiva, especialmente o advento do Código Civil vigente, às relações contratuais em geral. Assim, independente da existência de uma insuficiência econômica de um contratante em relação ao outro, será possível observar sua aplicação plena, porém não equânime proporcionalmente, em todos os tipos de contrato[493].

Em verdade, é preferível acompanhar tal construção intelectual na medida em que concordamos e, mais uma vez, frisamos a importância do princípio da boa-fé objetiva na celebração, execução e conclusão dos negócios jurídicos, independente da existência de certo desfavor em relação a uma das partes interessadas no contrato. Entretanto, sabe-se também que o princípio da boa-fé objetiva não é aplicado de forma idêntica em todas as classes de contratos, posto que cada qual possui uma peculiaridade que a classifica e informa a necessidade fática do grau de incidência deste princípio.

Se a função restritiva do princípio da boa-fé revela-se especial pela capacidade de controle do exercício dos direitos subjetivos, aproximando-se do instituto do abuso do direito, Fernando Noronha analisa que a boa compreensão desta funcionalidade também exige referência obrigatória ao princípio da autonomia privada:

> por um lado, o poder de auto-regulamentação de interesses, em que consiste a autonomia privada, exige que se conceda aos particulares ampla margem de discricionariedade. Por outro lado, se todos os direitos têm uma função social, nenhum pode ser legitimamente utilizado senão com tal função; para cada direito, haverá um modo normal de exercício e existirão formas de exercício anômalo[494].

De qualquer sorte, conclui-se como fora de dúvida a presença da boa-fé objetiva, consideradas as suas funções interpretativa, integrativa e restritiva, no direito contratual como um todo. É nessa esteira, portanto, que se revela cabível a conclusão sobre a atuação do princípio da boa-fé objetiva tanto como limite ao exercício regular dos direitos subjetivos, bem como uma cláusula geral integrativa que permite que o negócio contratual seja tratado na conformidade daquilo exigido pelo ordenamento jurídico constitucionalmente adaptado às recentes transformações da ciência do direito.

Este posicionamento, inclusive, já foi objeto de reflexão anterior:

---

[493] GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

[494] (NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais:** autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994, p.167). Segundo este autor, "quando é a própria lei que indica as finalidades específicas para as quais é permitido o exercício do direito, fica mais fácil a visualização do seu exercício irregular como hipótese de não direito. Por exemplo, nos termos dos arts. 47, III e §1º (locação residencial), e 52, II e §1º (locação comercial) da Lei n. 8245/91, o locador, findo o prazo do contrato, não será obrigado a renovar este, podendo retomar o imóvel locado, se precisar dele para uso próprio, ou de familiar. Perante estes preceitos, a chamada retomada insincera de imóvel locado (para finalidades diversas, como a de conseguir o despejo de locatário que não concorda com o aumento de aluguel proposto) é claramente uma hipótese de uso irregular de direito" (Ibidem, p.168).

> destaca-se a conclusão de que a medida de ponderação desta 'balança' é a busca pelo equilíbrio e a real finalidade da relação contratual, considerando as diversas circunstâncias pelas quais os contratantes terão que superar para garantir o fiel cumprimento do contrato, com vistas à confluência dos interesses por eles representados e ao alcance da função social proposta pela relação contratual então celebrada[495].

Convém mencionar também que a reflexão a respeito do princípio da boa-fé não merece implicar tão somente numa mera abstração que guarde referência na ética por seu caráter metajurídico, como se não possuísse verdadeira concretização no plano operacional[496]. Importa, sobretudo, que a sua construção esteja direcionada ao próprio sentido técnico, menos fluido e plenamente aplicável como guia na execução do contrato, bem como na solução do caso concreto.

Em razão disso, ao implicar na limitação de direitos subjetivos, o princípio da boa-fé possui alargadíssimo campo funcional, abrangendo, além da teoria do abuso do direito, a *exceptio doli*, a vedação do comportamento contraditório, a *surrectio*, a *supressio*, o *tu quoque*, a teoria do adimplemento substancial, exceção do contrato não cumprido, dentre outras diversas hipóteses de inadmissibilidade da adoção de condutas contrárias à boa-fé[497].

Por ora, basta compreender a importância da fiel observância e preservação dos contratos, tanto em relação à figura que eles representam na contemporaneidade, como em atenção aos fins sociais aos quais se destinam. Assim, muito mais segura restará a visualização dos reais objetivos pretendidos pelos contratantes, de modo que seu manejo se revelará verdadeiramente eficaz, afastando definitivamente a ideia de contrato como instrumento de fraude e percepção de vantagens ilícitas por parte dos contratantes.

---

[495] BRITO, Andréa Carvalho de. A função restritiva do princípio da boa-fé objetiva: uma limitação ao exercício regular dos direitos subjetivos. In: **Revista Baiana de Direito**. v. 04. jul/dez. Salvador: JusPodivm, 2009.

[496] FARIAS; Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das obrigações**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

[497] A propósito, merece registro a lição de Rosalice Fidalgo Pinheiro sobre o tema: "a boa-fé aparece, então, como um conceito ligado à funcionalidade econômica do contrato e a serviço de sua finalidade econômico-social. No momento em que não se cumpre a sua função social, em manifesta desproporção de interesses, revela-se o ato abusivo e, consequentemente, a necessidade de intervenção judicial. A concretização desta atividade transparece em um grupo de casos típicos, evidenciados pela jurisprudência alemã, a partir do parágrafo 242 do BGB. Neles, resulta a função da boa-fé, enquanto limite ao exercício não apenas de direitos subjetivos, mas também de situações a estes irredutíveis, nas relações negociais" (PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Abuso do direito e as relações contratuais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.266).

5 A BOA-FÉ OBJETIVA COMO CRITÉRIO DELIMITADOR DO ABUSO DO DIREITO NA TEORIA CONTRATUAL CONTEMPORÂNEA

É sabido que a atuação multifuncional do princípio da boa-fé não se resume à tríplice função interpretativa, supletiva e restritiva. Convém ressaltar, sobretudo nesta fase da pesquisa, que a boa-fé objetiva também serve como fator corretivo de eventuais desequilíbrios que por ventura prejudiquem a perfeita execução da relação obrigacional. De certo, a função corretiva da boa-fé busca manter o equilíbrio contratual perseguido por ambas as partes, através da atividade criativa do magistrado que, ao avançar sobre a norma positivada, poderá criar novo direito em nome da essência ético-jurídica do contrato.

Assim, na hipótese de quebra da base do contrato ou de alguma condição contratual, em nome da boa-fé, serão necessárias algumas rupturas de situações essencialmente formais como fundamental exigência de retribuição da prestação de um modo materialmente equivalente e socialmente justo[498].

Assim, a despeito do reconhecimento da importância da boa-fé objetiva, sobretudo ao se tratar de sua aplicação dogmática, destaca-se a utilidade humanitária e social deste princípio. Nunca é demais esclarecer que, além de decorrerem diretamente da função supletiva da boa-fé, os diversos deveres de conduta (tais como cooperação, informação, sigilo, lealdade etc) também representam a manifestação da diretriz constitucional da solidariedade

---

[498] WIEACKER, Fraz. **El principio de La buena Fe**. Tradución de José Luis Carro. Prólogo de Luis Diez-Picazo. Madrid: Editorial Civitas SA, 1977.

social, insculpida no artigo 3º da Constituição Federal, que indica os objetivos da República Federativa do Brasil e, logo no inciso I, revela a priorização pela construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Mais que isso. A boa-fé objetiva, definida pela maioria da doutrina como um princípio geral de direito segundo o qual todos devem se comportar de acordo com um padrão ético de confiança e lealdade, especialmente para efeito da presente pesquisa, ganha espaço como verdadeira fonte rejuvenescedora da própria ciência do direito. De fato, o princípio da boa-fé tem desempenhado importante papel no crescimento e atualização do direito civil moderno, na medida em que abre espaço para o controle judicial do conteúdo dos contratos e prioriza os deveres de proteção a ele inerentes[499].

Nessa oportunidade, duas ressalvas iniciais se complementam. Primeiramente, não se trata a boa-fé de um princípio criador de *standarts* sociais, como um padrão único válido indiscriminadamente para, com base nele, se aferir a boa conduta dos sujeitos contratantes. Em verdade, a incidência prática da boa-fé revela-se muito mais abrangente. É nesse sentido que se adentra à segunda ressalva, lembrada por Newman de Faria Debs:

> na análise da boa-fé devem ser examinadas as condições em que o contrato foi firmado, o nível sociocultural dos contratantes, seu momento histórico e econômico. Uma conduta aceita por determinada sociedade, em determinado momento histórico, poderá certamente repugnar a mesma sociedade, anos depois. Ou, ainda, uma conduta pode ser aceita numa localidade e totalmente rechaçada noutra, do mesmo país. As diferenças de compreensão do mundo e as distintas concepções do certo e do errado são as matizes que colorem e dão significado ao termo boa-fé[500].

Com efeito, ao intérprete-julgador caberá o desafio de resistir ao impulso de avaliar se determinada conduta realmente obedece aos parâmetros informados pela boa-fé objetiva, evitando que uma aplicação preconceituosa deste conceito tão aberto fulmine as expectativas dos contratantes. É importante esta ponderação, tendo em vista que atualmente

---

[499] MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p.397. Nesse sentido, Judith Martins-Costa assim resume a função de otimização do comportamento contratual emanada pela boa-fé: "a função otimizadora do comportamento contratual é obtida por dois modos diversos: de um lado, pela imposição de deveres de cooperação e de proteção dos recíprocos interesses, deveres instrumentais de conduta, pois visam ao exato processamento da relação obrigacional, à satisfação dos interesses globais envolvidos, auxiliando na realização positiva do fim contratual e na proteção à pessoa e aos bens da contraparte; de outro, pela utilização do princípio da boa-fé como cânone de interpretação e integração do contrato consoante a função econômico-social que concretamente é chamado a realizar" (MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé como modelo (uma aplicação da teoria dos modelos de Miguel Reale). In: BRANCO, Gerson; MARTINS-COSTA, Judith. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2002c, p. 200).

[500] DEBS, Newman de Faria. Algumas reflexões sobre o princípio jurídico da boa-fé no mundo contemporâneo. In: In: CASTILHO, Ricardo; TARTUCE, Flavio (coords.). **Direito Civil**: direito patrimonial e direito existencial. Estudos em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. São Paulo: Método, 2006, p.253.

os efeitos da modernização e da massificação das relações têm sido determinantes para constantes transformações sociais, em todos os sentidos, e, nesse passo, os interesses e necessidades do homem modificam-se, renovam-se e expandem-se em direção ao que se agrega à sociedade. Assim, criam-se novas formas de relação entre os homens, gerando intensos reflexos éticos[501].

Nesse aspecto, destaca-se a maleabilidade das cláusulas gerais como eficiente técnica legislativa para assegurar que o direito acompanhe os passos de tantas transformações sociais. Desse modo, evita-se que as leis e as regras rígidas tornem-se obsoletas diante do rápido compasso dos padrões adotados pelos homens em variadas situações[502]. É nesse contexto que se insere a boa-fé objetiva, conforme adiante será demonstrado.

De fato, a boa-fé como cláusula geral decorre da intenção do legislador infraconstitucional em alargar ao máximo as suas medidas, não permitindo que o conteúdo desses conceitos se revele claro ao primeiro olhar, mas sirvam de parâmetro livre para aplicação por parte do intérprete-julgador em cada caso concreto.

Inclusive, remontando a sua evolução histórica, quando os limites relacionados à boa-fé foram delineados pelo trabalho da doutrina e jurisprudência alemã[503], também os jurisconsultos e magistrados do Brasil fazem-se responsáveis pelo desenvolvimento contínuo do conteúdo jurídico e social da boa-fé objetiva. Essa é a grande vantagem da adoção, por parte do legislador, dos conceitos jurídicos indeterminados, trazidos em larga escala no novel Código Civil.

Com efeito, a boa-fé objetiva, como uma espécie do gênero cláusula geral, também não tem na lei a determinação expressa do seu conteúdo. Entretanto, não obstante se falar por diversas vezes que a interpretação e aplicação da boa-fé dependem da análise de cada caso concreto, é importante ter em conta que "a noção de boa-fé não varia conforme o caso concreto", não se confundindo com a equidade, que pressupõe a justiça do caso concreto, "na qual, para cada hipótese sob julgamento, ter-se-á uma diferente solução"[504].

---

[501] Newman de Faria Debs sustenta esta afirmação ao apontar para as novas regras de proteção ao contrato, confirmadas na máxima do *pacta sunt servanda* e na liberdade contratual, bem como às regras de proteção à propriedade (Ibidem).

[502] O autor em referência enaltece esta capacidade de adaptação das cláusulas gerais às situações concretas como a função rejuvenescedora da boa-fé (Ibidem).

[503] A par disso, merece registro a referência de Ronnie Preuss Duarte, que assim analisa: "em vigor desde o século retrasado na Alemanha, o BGB sofreu muito menos do problema do 'envelhecimento' da legislação, em virtude de empregar inúmeras normas abertas (conceitos jurídicos indeterminados), cujo conteúdo foi sendo alargado ou comprimido na sequência da respectiva aplicação no passar dos anos. Permeáveis a modificações aplicativo-interpretativas advindas das alterações dos valores vigentes na sociedade, os conceitos indeterminados se amoldam perfeitamente às inovações ocorridas com o passar dos anos" (DUARTE, Ronnie Preuss. A boa-fé e o abuso de direito no Código Civil Brasileiro. In: **Revista Direito Mackenzie**. ano 4. n.2. São Paulo: Editora Mackenzie, 2003, p.164-165).

[504] Ibidem, p.165.

Pelo contrário. A boa-fé contratual, a que realmente interessa nesta pesquisa, deve-se fundar sempre em critérios objetivos, não restando espaço para arbitrariedade, mesmo diante da largueza do seu conteúdo, de acordo com Ronnie Preuss Duarte:

> é certo que o legislador, ao instituir a cláusula aberta (ou conceito jurídico indeterminado), absteve-se de fixar o conteúdo material de determinada norma, relegando o seu preenchimento à doutrina e à jurisprudência. Isso não significa, todavia, que ao intérprete seja dado modificar os seus critérios de decisão conforme cada caso se lhe apresente[505].

Desse modo, pode-se dizer que também se trata de uma questão de segurança jurídica, um dos valores tutelados pelo ordenamento jurídico brasileiro, que é caro à sociedade, sobretudo diante de tantas indeterminações conceituais promovidas propositalmente pelo legislador na louvável intenção de subsumir ao máximo as normas às diversas passagens do mundo real. Nesse raciocínio, seria interessante unir a segurança jurídica pregada pela ciência do direito à flexibilidade das cláusulas gerais que auxiliam na solução de inúmeros impasses jurídicos.

Para tanto, entende-se que é preciso haver uma prefixação do conteúdo da boa-fé, a fim de que os mais interessados na boa execução do negócio – no caso, os contratantes – saibam antecipadamente a natureza e a extensão dos deveres aos quais estão obrigados por imposição desta cláusula geral. Tais esclarecimentos dependem da atividade da doutrina que, por sinal, recentemente já vem insistindo no tema.

Em verdade, aproveita-se o capítulo final de desenvolvimento do trabalho, o qual leva o mesmo título da presente pesquisa dissertativa, para questionar quais – além da boa-fé - são os demais critérios delimitadores do abuso do direito na moderna teoria contratual. Destaca-se a análise do artigo 187 do Código Civil, cuja redação anuncia que "também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé e pelos bons costumes".

Muito embora não tenha trazido sua denominação, o Código Civil de 2002 inovou em relação ao texto revogado de 1916, consagrando definitivamente a teoria do abuso do direito no ordenamento brasileiro. A previsão do instituto trouxe à tona evidente preocupação do legislador em garantir que os direitos subjetivos sejam exercidos dentro de certos limites[506]. Esta preocupação não se resume apenas às relações contratuais, posto que,

---

[505] Ibidem, p.165.

[506][506] "O abuso não mais aparece relacionado ao exercício irregular do direito, assumindo a função limitadora deste. A nova redação, inspirada no Código Civil português, acolhe e sintetiza as diferentes concepções do abuso de direito, impondo limites éticos ao exercício dos direitos subjetivos e de outras prerrogativas individuais. Tais limites serão estabelecidos tendo como parâmetros tanto o princípio da boa-fé objetiva, como os bons costumes e a função social e econômica dos direitos" (CARPENA, Heloisa. Abuso do direito no Código de 2002: relativização de direitos na ótica civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **A parte geral do Código Civil**: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 381).

independente da existência ou não do princípio da boa-fé no diploma civil vigente, persiste o dever geral de observância aos seus ditames.

Ora, quanto aos limites ao exercício dos direitos subjetivos, é possível afirmar que o critério do abuso não reside na intenção de causar danos, mas sim no desvio dos fins econômicos e sociais do direito exercido. Na verdade, para cada direito subjetivo, há que se indagar qual a sua finalidade sócio-econômica, de modo que qualquer excesso será ilegítimo, já que o ato não se reputará abusivo quando não houver dano. Com efeito, o abuso de um direito pode prejudicar toda uma coletividade.

Para além dos excessos aos limites econômicos ou sociais, limites extrínsecos do exercício regular dos direitos subjetivos, a noção de bons costumes também tem seu lugar como parâmetro delimitador do abuso do direito, ainda que abstratamente em algumas situações. Como bem antecipa Ronnie Preuss Duarte, os direitos, ao contrário do que ocorre com a respectiva função econômica ou social, não nascem destinados a garantir os bons costumes, por não se tratar de função própria desta ciência:

> a cláusula de bons costumes, inserida no art. 187 do Código Civil, é a expressão máxima da penetração da moral no Direito. Atua contra os bons costumes (*contra bonos mores*) aquele que peca por não observar os deveres ético-sociais de conduta genericamente aceitos em sociedade, em determinada condição de espaço e tempo. A noção de bons costumes varia segundo critérios espaciais ou temporais. O que antes era moralmente aceitável hoje pode não mais ser[507].

A noção de bons costumes aproxima-se, portanto, do sentimento ético que predomina uma sociedade, não importando a medida ou grau que se manifesta, pois deve ser considerada segundo a consciência de uma parcela maior de determinada comunidade. Distinguem-se os bons costumes da boa-fé sobretudo pela fluidez daquele em comparação a este. Já houve, entretanto, quem afirmasse que estes institutos são coincidentes, chegando mesmo a afirmar que um comportamento ofensivo aos bons costumes também seria sempre contrário à boa-fé.

Não é o caso.

Tanto os bons costumes, quanto os fins sociais ou econômicos – elementos determinantes na configuração do ato abusivo – não se assemelham conceitualmente à boa-fé. Enquanto os bons costumes aproximam-se mais da noção de hábito ou consciência coletiva, a questão da finalidade sócio-econômica sugere proteção à coletividade ao determinar que nenhum ato, fato ou negócio jurídico revele-se atentatório aos fins aos quais se destina, no caso, o bem comum.

Noutro passo, com abrangência notadamente mais ampla, contempla-se a boa-fé objetiva como princípio capaz de impor a adoção de condutas pautadas na solidariedade e na

---

[507] DUARTE, Ronnie Preuss. A boa-fé e o abuso de direito no Código Civil Brasileiro. In: **Revista Direito Mackenzie**. ano 4. n.2. São Paulo: Editora Mackenzie, 2003, p.174.

honestidade, sendo que com o diferencial de poder gerar consequências graves quando violada. Viola-se a boa-fé quando determinadas posições jurídicas são exercidas sem benefício efetivo e palpável para o titular, com prejuízos para terceiros, ou quando não se observam certas regras de conduta[508].

Em termos práticos, sem desmerecer os demais critérios notadamente úteis à configuração do ato abusivo, eleva-se a boa-fé objetiva como o mais seguro critério delimitador do abuso do direito, notadamente nas relações contratuais, onde contemporaneamente desponta a relevância do princípio social capaz de restringir o exercício de direitos subjetivos com base na sua função restritiva e associa, a um só tempo, tamanha utilidade interpretativa, integrativa, supletiva, restritiva.

É com o que concorda Eduardo Jordão que, ao referenciar diversas passagens internacionais que comprovam a boa-fé objetiva como fundamento maior da repressão ao abuso do direito, reconhece a importância deste princípio como critério exato de identificação e delimitação do abuso do direito: "por tudo isso que nos parece ser o dever jurídico de boa-fé (que decorre do princípio normativo respectivo) o critério exato e originário para a repressão do abuso do direito"[509].

Ora, se o abuso do direito é constatado a partir do momento em que se nota a violação do elemento axiológico da norma, instala-se a partir daí a contrariedade entre o comportamento comissivo do indivíduo e o fundamento valorativo do dispositivo que prevê a configuração do ato abusivo. Não se pode olvidar que o "essencial do abuso do direito"[510] será dado pela boa-fé, pelos bons costumes e pela função socioeconômica dos direitos, mas também é de se admitir que a configuração do ato abusivo será dada pela inobservância de um padrão ético de comportamento. Segundo Shandor Portella Lourenço, "essa circunstância, por sua vez, é aferível a partir da observância da boa-fé objetiva".

Finalmente, priorizando o efetivo cumprimento da tarefa acadêmica aqui proposta, sugere-se a comprovação da atuação da boa-fé objetiva como verdadeiro critério delimitador do abuso do direito na teoria contratual contemporânea.

Para tanto, no tópico seguinte, serão analisadas algumas das mais importantes modalidades de abuso do direito decorrentes da violação da boa-fé. Com fundamento na estreita relação existente entre o princípio da boa-fé objetiva e o instituto do abuso do direito, neste espaço serão analisadas hipóteses que Antonio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro chama de "exercício inadmissível de posições jurídicas" [511], traduzidas no agir em desacordo com o *standart* de comportamento calcado na boa-fé como modelo padrão de conduta social. A violação desse dever comportamental configura flagrante ocorrência de um ato abusivo,

---

[508] Ibidem.
[509] JORDÃO, Eduardo. **Repensando a teoria do abuso de direito**. Salvador: JusPodivm, 2006, p.104.

[510] LOURENÇO, Shandor Portella. O abuso de direito e a função de controle da boa-fé objetiva. In: **Revista da AGU- Advocacia Geral da União**, ano VII, n. 17, Brasília, 2008, p.232.
[511] MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **Da boa-fé objetiva**. Coimbra: Almedina, p.899.

especialmente na seara dos contratos. Figuras como *venire contra factum proprium*, *tu quoque*, *supressio e surrectio* se assomam em um bloco composto pelas modalidades de abuso do direito segundo o critério delimitador da boa-fé objetiva. São casos típicos que se destacaram na jurisprudência alemã e foram absorvidos no Brasil com base na teoria dos atos próprios.

Em seguida, merecerá destaque a análise sobre o princípio da boa-fé como verdadeiro limite nas relações contratuais. De fato, confirmada está a importância da boa-fé objetiva como elemento de interpretação, integração, equilíbrio e de controle dos atos abusivos no âmbito dos contratos. Antes, porém, a reflexão se desenvolverá acerca da possibilidade ou não de aplicação da boa-fé objetiva nas relações extracontratuais, já que se trata de um princípio eminentemente contratual. Assim, verificada a existência de novas figuras contratuais atualmente, merecerão breve destaque alguns julgados recentes que foram solucionados com base na aplicação do princípio contratual da boa-fé, o que implica em admitir que os sujeitos da relação jurídica devem atuar de maneira respeitosa e recíproca, sempre em atenção ao vínculo de confiança criado.

Alguns mecanismos de preservação da harmonia contratual, tais como a teoria da imprevisão, o recurso do adimplemento substancial e a possibilidade de revisão (ou anulação) contratual por onerosidade excessiva, quando somados à utilidade técnica do princípio da boa-fé, poderão se revelar eficientes nessa tarefa.

Desse modo, também é válido o exemplo do Código de Defesa do Consumidor, a primeira legislação brasileira a prever expressamente a boa-fé objetiva. Foi na inovadora legislação consumeirista onde este princípio tornou-se um dos mais importantes da matéria. É bem verdade que, ao impor deveres especiais de informação, sigilo, cooperação, lealdade e reciprocidade entre as partes, o princípio da boa-fé inaugura um novo paradigma no direito brasileiro, notadamente mais próximo do pretendido pelo legislador constituinte.

Por fim, levando em consideração a extrema importância da boa-fé objetiva, não só no que se refere aos contratos civis, mas no âmbito obrigacional como um todo, bem como a sua cogência como cláusula geral, portanto, aberta e flexível, será identificada a verdadeira solução para os impasses jurídicos desta ordem. A capacidade de atuar como vetor hermenêutico em um determinado caso, podendo integrar o negócio jurídico através da imposição de deveres anexos e ainda limitar o exercício de direitos subjetivos apontam para a solução da cláusula geral da boa-fé objetiva.

5.1 AS MODALIDADES DE ABUSO DO DIREITO SEGUNDO O CRITÉRIO DA BOA-FÉ OBJETIVA

Admite-se, como aqui já se comentou, que trazer uma codificação generalista, maçante e inflexível – retirando do juiz a possibilidade de interpretar e julgar cada caso conforme suas circunstâncias – definitivamente não representa a forma mais segura de

promover a dignidade das pessoas. Não foi à toa que os institutos que serão a seguir estudados dão a exata dimensão da essência ética priorizada no Código Civil atual, que sugere como o Direito pode, além de regular as relações sociais, indicar aos indivíduos que a convivência em sociedade exige ética, moral e respeito recíprocos, conforme os parâmetros informados pelo princípio da boa-fé.

Fundamenta-se no critério da boa-fé objetiva a identificação das principais modalidades de abuso do direito. Ora, ao operar negativamente – no caso, desempenhando sua função restritiva ou de controle – de forma a impedir ou sancionar condutas contraditórias no âmbito do direito obrigacional, o estudo do princípio da boa-fé finalmente se insere na teoria dos atos próprios. De acordo com esta teoria, existe o dever, por parte dos contratantes, de adotar uma linha de conduta uniforme, para que não haja duplicidade de comportamentos potencialmente contraditórios, evitando assim que surpresas e desconfortos prejudiquem a contraparte na relação jurídica travada.

Na opinião de Fernando Noronha, com base no extraordinário trabalho fornecido pela jurisprudência alemã, quando se utilizou a base do §242 do BGB para esclarecer os termos em que a boa-fé exerce verdadeira e eficiente função de limite ao exercício de direitos oriundos das relações negociais, "a doutrina passou a elaborar relações de casos 'típicos' ou 'sintomáticos' de exercício ilegítimo de direitos, à luz da boa-fé"[512]. Nesse raciocínio, o autor elege, dentre as categorias de exercícios abusivos de direitos, o que chama de "desleal não-exercício de direitos", que agrupam os casos em que o "titular não efetiva o seu direito e, em determinadas circunstâncias, acaba criando na contraparte uma confiança justificada na estabilidade da situação existente"[513].

A teoria dos atos próprios desdobra-se em duas vertentes, quais sejam as mais importantes: *venire contra factum proprium* e *tu quoque*.[514]

---

[512] NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais:** autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994, p.76.

[513] Ibidem, p.177.

[514] Impossível não fazer referência aos institutos da *supressio* e da *surrectio*. Os referidos vocábulos são uma classificação dada em Portugal para os termos originários da Alemanha *Verwirkung* e *Erwirkung*. Fredie Didier Junior ensina que "a *supressio* é a perda de uma situação jurídica de vantagem, pelo não exercício em lapso de tempo tal que gere no sujeito passivo a expectativa legítima de que a situação jurídica não seria mais exercida". Segundo ele, o exercício tardio do direito seria contrário à boa-fé e abusivo. Já a *surrectio*, que pode ou não vir acompanhada da supressio, seria exatamente "a situação jurídica ativa, que surge para o antigo sujeito passivo, de não mais submeter-se à antiga posição de vantagem pertencente ao credor omisso" (DIDIER JUNIOR, Fredie. Multa coercitiva, boa-fé processual e supressio: aplicação do *Duty to Mitigate the Loss* no processo civil. In: **Revista Magister de Direito Civil e Processo Civil**, ano VI, vol.32, Porto Alegre: Magister Editora, 2009, p.33). Outros autores também não dispensam referência às figuras da *aemulatio*¸ que surge sempre que o exercício de determinado direito tenha em mira não a satisfação de um interesse do titular, mas sim tiver por escopo apenas ocasionar prejuízo a outrem, e da *exceptio doli generalis*, que se verifica quando um sujeito, mediante atitude dolosa, leva outro a se colocar em uma situação de desvantagem (DUARTE, Ronnie Preuss. A boa-fé e o abuso de direito no Código Civil Brasileiro. In:

Sobretudo nesta passagem introdutória, que as referidas modalidades de ato abusivo representam, na realidade, atitudes deslealmente contraditórias e que atentam contra a boa-fé em razão da quebra da confiança criada entre os sujeitos de uma determinada reação jurídica. Por vezes, a situação de fato resultante do não exercício oportuno de um direito cuja expectativa era o seu gozo chega a extinguir o direito preexistente.

Com efeito, tem a boa-fé objetiva grande serventia como critério delimitador do abuso do direito, posto que, diante de uma relação obrigacional, este princípio reflete absoluta complementaridade com o instituto em combate. Entende Teresa Negreiros, a propósito, que a boa-fé opera como verdadeiro parâmetro de valoração do comportamento dos contratantes, sendo que, para ela, "o exercício será irregular e, nesta medida abusivo, se consubstanciar quebra de confiança e frustração de legítimas expectativas"[515].

Reside nesta premissa a mais abrangente e conhecida modalidade de abuso do direito decorrente da violação do princípio da boa-fé objetiva: a figura do *venire contra factum proprium*. Resultante de abreviação da expressão *venire contra factum proprium nulli conceditur*, "postula dois comportamentos de uma mesma pessoa, lícitos em si e diferidos no tempo"[516]. Ou seja, nas situações em que uma pessoa se comporta de uma maneira ao longo de certo período, gerando legítimas expectativas na outra, que se sustenta na esperança de que este comportamento não mais será alterado. Viola-se a boa-fé objetiva a partir do momento em que o comportamento posterior verifica-se como absolutamente incompatível com a conduta anterior.

Ou seja, é a tutela da confiança que atribui ao *venire contra factum proprium* um conteúdo mais concreto, posto que o que se constata é que tal contradição não pressupõe uma incoerência por si só, mas principalmente da incontestável ruptura da confiança estabelecida. É o que ensina Anderson Schreiber ao sustentar que o fundamento do comportamento contraditório, cuja proibição reside nos parâmetros da boa-fé, é a tutela da confiança. Segundo este autor, são pressupostos para a ocorrência do *venire*: uma conduta inicial (*factum proprium*), a legítima confiança de outrem na conservação deste comportamento, uma

---

Revista Direito Mackenzie. ano 4. n.2. São Paulo: Editora Mackenzie, 2003, p.153; LOTUFO, Renan. **Código Civil Comentado**: parte geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.504).

[515] NEGREIROS, Teresa. **Teoria Geral do contrato**: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.140.

[516] (MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p.745). Segundo o autor, no âmbito das relações contratuais, o *venire contra factum proprium* também tem origem na vocação ética, psicológica e social da regra do *pacta sunt servanda*, como uma maneira de evitar que o contratante, ao assumir determinado comportamento, este não seja contrariado por atitude posterior desse sujeito, o que causaria uma série de inconvenientes à contraparte, que nele já confia (Ibidem, p.751).

conduta contraditória ao sentido objetivo da ação inicial e um dano (concreto ou em potencial) surgido a partir desta contradição[517].

Vale o registro, nessa oportunidade, do exemplo dado por Fernando Noronha, ao reconhecer que o exercício de um determinado direito torna-se irrefutavelmente inadmissível quando a própria pessoa se põe em contradição com o sentido que razoavelmente, segundo a boa-fé objetiva, se podia inferir da sua conduta anterior:

> exemplo típico é o contrato de locação com determinada cláusula (pode ser aquela que fixa o prazo de pagamento do aluguel) que não é observada durante determinado período, sem reação do locador: este, pois, não poderá, inopinadamente, vir a pedir o despejo com fundamento na infração da cláusula. Nesses casos, a jurisprudência fala em tácita alteração do contrato, mas não parece exato; se o locador quiser, a partir de qualquer momento, passar a exigir o cumprimento do contrato em causa, poderá fazê-lo, desde que avise com antecedência – a antecedência postulada (de novo) pela boa-fé[518].

Diante da quebra de confiança, que tem base no princípio da boa-fé e que por isso também funciona como critério para identificar o *venire* como ato abusivo, é como se restassem definitivamente "relegados ao passado os critérios subjetivistas de abuso, esboçados por uma civilística que ainda consagrava o princípio da autonomia da vontade como dogma a reger o sistema jurídico"[519].

---

[517] (SCHEREIBER, Anderson. **A proibição do comportamento contraditório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003). Sobre o assunto, Antonio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro ensina que o estudo moderno desta modalidade de ato abusivo foi realizado no início do século XX por Erwin Riezler, que terminou por concluir que apenas em circunstâncias especiais o Direito moderno proíbe a conduta contraditória: quando o negócio jurídico inválido é cumprido voluntariamente, sendo de repetição difícil; quando uma situação é constituída por uma actuação potestativa do interessado; quando uma situação de aparência jurídica é criada, em termos tais que suscita a confiança das pessoas; quando uma situação de risco é criada em moldes conexos a uma relação jurídica. Tem razão o autor ao ponderar que não serão em todas as situações em que uma parte seja prejudicada pela desistência da outra, ou mesmo por uma atuação contrária ao que comumente se espera: "a coerência da própria actuação está na base de toda a eficácia jurídica. O contrato é vinculativo para o próprio celebrante: de outro modo, este estaria a negar aquilo que, num momento prévio, garantira ir fazer. O *venire* vai, contudo, mais longe: ele coloca a hipótese de, independente de ter sido accionada qualquer previsão normativa comum de tipo contratual, o agente ficar adstrito a não contradizer o que primeiro fez e disse. Uma resposta positiva poderia parecer lógica. Todavia, a ser o caso, toda a sociedade ficaria bloqueada. Ninguém poderia adoptar uma conduta nomeadamente mais generosa sob pena de, para sempre, ficar adstrito a ela. Além disso, ninguém poderia mudar de ideias ou, sequer, ter ideias que quisesse, mais tarde, rever. Apenas em casos muito especiais alguém ficaria impedido de voltar contra a própria actuação" (MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **Tratado de Direito Civil Português**: parte geral. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p.251).

[518] NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais:** autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994, p.183-184.

[519] PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Abuso do direito e as relações contratuais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.269.

Compreende-se a proibição do comportamento contraditório a partir do momento em que uma conduta aparente e formalmente lícita, a depender das circunstâncias à sua volta, pode revelar-se abusiva, portanto, passível de controle e inibição por parte da ordem jurídica, com base no que prega a boa-fé objetiva. Ademais, não se exige comprovação de culpa por parte do titular do direito não exercido ou exercido contraditoriamente – o que é perfeitamente compreensível, já que está a se falar em abuso do direito (critério objetivo-finalístico)[520].

Convém ressaltar, entretanto, que se visualiza com mais freqüência a modalidade do *venire* ainda no âmbito pré-contratual, ao passo que – não custa repetir – os deveres inerentes à boa-fé não incidem somente na fase de execução do pacto, mas também nos momentos antecedentes e posteriores à sua celebração.

Assim, quando se tratar da frustração de uma expectativa gerada no âmbito contratual por condutas flagrantemente contraditórias – tal como exposto linhas acima – deverá o impasse ser resolvido conforme os ditames da responsabilidade contratual, ao passo que, quando se tratar da ruptura da confiança criada ainda na fase antecedente, incidirá responsabilização extracontratual. Assim, o arbitramento do *quantum indenizatório* não se limitará ao valor do contrato, de modo que caberá ao julgador a solução mais apropriada ao caso[521].

Trata-se, sobretudo, de uma regra de significativo conteúdo ético e confirmada por Judith Martins-Costa, que entende que "por refletir princípio geral, independe de recepção legislativa, verificando-se nos mais diversos ordenamentos como uma vedação genérica à deslealdade"[522]. De fato, não se pode admitir que alguém venha a negar seus próprios atos, de modo que se identifica na boa-fé objetiva o fundamento normativo da proibição do comportamento contraditório, calcado na necessidade de tutela da confiança. Com efeito, como ressalta Washington de Barros Monteiro:

> a melhor interpretação de um contrato é a conduta das partes, o modo pelo qual elas o vinham executando anteriormente, de comum acordo; a observância do negócio jurídico é um dos melhores meios demonstrativos da interpretação autêntica da vontade das partes; serve de guia indefectível para a solução da dúvida levantada por qualquer delas.

Assim, ao se deparar com duas atitudes contraditórias da mesma parte, cabe ao juiz solucionar o impasse sempre levando em conta a primeira conduta. Para tanto, deverá o

---

[520] É assim que Franz Wieacker também enfatiza ao afirmar que se trata de um princípio que não pressupõe necessariamente atuação de má-fé, revelando-se tão somente uma aplicação do princípio da confiança no tráfico jurídico, que não pode separar-se do valor significante que à própria conduta pode ser atribuído pela outra parte (WIEACKER, Fraz. **El principio de La buena Fe**. Tradución de José Luis Carro. Prólogo de Luis Diez-Picazo. Madrid: Editorial Civitas SA, 1977, p.61).

[521] O mesmo ocorrerá se for o caso da incidência da responsabilidade pós-contratual, posto que, nesses termos, também está a se falar em violação dos deveres da boa-fé objetiva.

[522] MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé como modelo (uma aplicação da teoria dos modelos de Miguel Reale). In: BRANCO, Gerson; MARTINS-COSTA, Judith. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2002, p.215.

magistrado se valer do artigo 422 do Código Civil, vez que a teoria do *venire contra factum proprium* não fora contemplada expressamente pelo direito brasileiro. Aliás, isto nem seria necessário, já que a cláusula geral da boa-fé, disposta no referido artigo, tem abrangência suficiente para submeter toda a atividade de formação, execução e conclusão à sua aplicação.

O confronto entre o dever de atuar de acordo com os padrões de lealdade e correção e a costumeira ocorrência de comportamentos contraditórios nas relações jurídicas despertou o interesse de Judith Martins-Costa em analisar em que medida a boa-fé e a responsabilidade pré-contratual despertam reflexão acerca do "preço da confiança iludida". A autora faz questão de apontar as vantagens da compreensão da relação obrigacional como um processo complexo e dinâmico, no qual a boa-fé tem participação da reconstrução dogmática dos institutos jurídicos e readequação dos mesmos às necessidades sociais. Relatou, dentre outros, o "caso dos tomates"[523], julgado em 1991 pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, demonstrando a aplicação da teoria do *venire contra factum proprium* na solução do litígio.

Ademais, merece registro o arremate de Wagner Mota sobre a evidente correlação entre a teoria dos atos próprios e a atuação da boa-fé nas relações jurídicas, destacando-se principalmente a tutela da confiança entre estes institutos:

> sob a perspectiva jurídica, consideramos que a teoria dos atos próprios encontra fundamento nos princípios gerais da boa-fé objetiva e da confiança. Sob o prisma sociológico, o comportamento contraditório lesivo consiste num atentado (desapontamento) à legítimas expectativas (normativa e cognitiva) geradas a partir de uma continuidade de auto-representação que caracteriza o *factum proprium* e conduz à formação do estado de confiança[524].

É interessante a reflexão quanto ao campo operativo da responsabilidade pré-contratual. Indaga-se, sobretudo, se existe alguma delimitação indenizatória, que não seja o "quase futuro contrato", pela ruptura das tratativas. No entanto, não é esta a proposta da presente pesquisa, que prefere ater-se à possibilidade de visualização destes elementos no âmbito contratual. É o que se verá no tópico seguinte.

---

[523] "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. Provimento, em parte, do apelo, para reduzir a indenização à metade da produção, pois uma parte da colheita foi absorvida pela empresa congênere, às instâncias da ré. Voto vencido, julgando improcedente a ação" (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 591028295, 5ª Câm. Cível. Relator: Des. Ruy Rosado de Aguiar Junior. Porto Alegre, 06 jun.1991. *In*: **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, v.154, ano XXVII, 1992, p.378-382).

[524] MOTA, Wagner. **Teoria dos atos próprios:** esboço de uma teoria do comportamento contraditório aplicada ao direito. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Salvador, 2006, p.170.

Nesta oportunidade, merece destaque a segunda modalidade de abuso do direito decorrente da violação da boa-fé objetiva: o *tu quoque*. A grosso modo, traduz-se pela expressão "até tu", "também tu", o que sugere espanto, surpresa, decepção pela atitude inesperada de pessoa que viola determinada norma jurídica e, posteriormente, pretende da mesma se beneficiar[525].

Visualiza-se a modalidade do *tu quoque* nos contratos quando um dos contratantes infringe determinada cláusula contratual e, posteriormente, passa a exigir da contraparte o seu cumprimento[526]. É o que bem ensina Antonio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, em referência a determinada decisão por ele selecionada a título de exemplo da lição:

> quem viole o contracto e ponha em perigo o escopo contratual não pode derivar de violações contratuais posteriores e do pôr em perigo o escopo do contracto, causados pelo parceiro contractual, o direito à indenização por não cumprimento ou à rescisão do contracto, como se não tivesse, ele próprio, cometido violações e como se, perante a outra parte, sempre se tivesse portado leal ao contrato[527].

Assim, tem base o *tu quoque* nos princípios da boa-fé e da justiça contratual, já que, por um lado, se pretende evitar que o contratante malicioso se beneficie de sua própria malícia, ao passo que, por outro lado, também é interessante que o equilíbrio entre as prestações seja preservado. A ideia de que a ninguém é dado beneficiar-se de sua própria torpeza (*turpitudinem suam allegans non auditur*)[528] visa impedir que um sujeito abuse de uma prerrogativa jurídica para depois tentar tirar proveito da situação criada unicamente em benefício próprio.

De fato, é espantosamente incoerente a atitude de um sujeito que vem exigir do outro comportamento que ele mesmo não observou. Todavia, para quem imagina que se trata de uma teoria distante do âmbito de abrangência do ordenamento jurídico brasileiro, é válida a informação de que tem significativa aplicação nos tribunais, muito embora esta regra não se encontre sistematizada. Aliás, O *tu quoque* tem concretização através da exceção do contrato não cumprido, constante do artigo 476 do Código Civil atual[529].

---

[525] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil**: parte geral. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

[526] É bom que se diga que, embora Wagner Mota considere o *tu quoque* como regra consistente na norma jurídica violada e posteriormente alegada contra a outra parte, este conceito não se limita apenas à incidência nas relações jurídicas contratuais (MOTA, Wagner. **Teoria dos atos próprios:** esboço de uma teoria do comportamento contraditório aplicada ao direito. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Salvador, 2006).

[527] MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p.839-840.

[528] LOTUFO, Renan. **Código Civil Comentado**: parte geral (arts. 1º a 232). 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.505.

[529] O mesmo autor, apesar de reconhecer a semelhança entre estas figuras, entende que não há que confundi-las: "observe-se que o *tu quoque* não se identifica com a *exception non adimplenti*. Esta

Ademais, é Judith Martins-Costa quem ensina que - seja com fundamento na teoria da confiança e da aparência, seja pela aplicação que coíbe o *venire contra factum proprium*, em praticamente todos os casos judiciais até então estudados, visualiza-se a mesma intenção, qual seja "a coibição do abuso, da contraditoriedade, do aproveitamento da própria torpeza ou ilicitude, o que, no campo contratual, justifica-se e deduz-se, em última instância, da noção de sinalagma"[530].

Considerando a hipótese na qual o locador e locatário convencionam em contrato de locação que, na medida em que o locatário possui a obrigação de pagar mensalmente o aluguel de imóvel residencial e o locador o dever de depositar certa quantia mensal a fim de cobrir as despesas para reparo do bem, sendo esta a condição para celebração do pacto, vez que o imóvel encontrava-se em péssimo estado de conservação. Acertado ficou que os pagamentos seriam realizados mediante depósito em conta corrente da contraparte, mas o primeiro aluguel fora pago pelo locatário diretamente na casa do locador, sem qualquer resistência. Configura flagrante ocorrência de ato abusivo, fundamentado na teoria do *tu quoque*, qualquer objeção por parte do locatário se o locador assim também resolver proceder ao pagamento dos reparos diretamente no imóvel habitado pelo inquilino.

O *tu quoque* como modalidade de ato abusivo segundo critério da boa-fé objetiva que, assim como ocorre na configuração do *venire contra factum proprium*, decorre da violação de legítima expectativa criada pela confiança estabelecida na relação contratual. Ainda assim, Teresa Negreiros destaca a maior complexidade do *venire* que identifica comportamento contraditório como aquele que implica na quebra de confiança, revertendo legítimas expectativas criadas na contraparte. Segundo a autora, é mais complexa porque

> não se exige sequer que o comportamento impugnado se realize na sequência de um ato objetivamente indevido (como se viu em relação ao *tu quoque*), bastando que se configure um desvio de conduta em relação à linha de atuação que aquele contratante vinha assumindo como padrão[531].

---

opera nos contratos bivinculantes ou bilaterais quanto aos efeitos, ou seja, que geram obrigações para ambas as partes, em situações de exigibilidade de cumprimento, sem que a parte tenha realizado a prestação à qual está adistrita. Assim, inexistindo a estipulação de quem deva cumprir primeiro a obrigação respectiva, não sendo a ordem de cumprimento definida pela natureza do contrato ou dos usos do local, assiste à parte constrangida a exceção do contrato não cumprido, restando à contraparte cumprir sua obrigação para, então, poder exigir o cumprimento da obrigação conexa. Não se observa, pois, na *exceptio mom adimplenti contractus* violação a normas contratuais e posterior exercício de uma posição jurídica indevidamente obtida, que consistem no núcleo essencial do *tu quoque*" (Ibidem, p.77).

[530] (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado:** sistema e tópica no direito obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.464). Para ela, é na noção de sinalagma – consistente como a característica principal dos contratos bilaterais onde existe uma dependência recíproca de obrigações – que se verifica a regra do *tu quoque* como a especificação da boa-fé objetiva.

[531] NEGREIROS, Teresa. **Teoria Geral do contrato**: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.146.

Reside na bilateralidade comutativa do contrato em questão a configuração do *tu quoque*, o que também sugere a íntima relação existente entre o instituto do abuso do direito e o princípio da boa-fé objetiva[532]. Não é à toa que, ao se constatar tal comportamento, o sentimento de surpresa e decepção aponta para a quebra do dever de confiança que se pressupõe estar presente em toda e qualquer relação contratual.

5.2 A BOA-FÉ OBJETIVA COMO LIMITE NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS

O cenário delineado à liberdade nos contratos pela teoria do abuso do direito encontra-se revestido de nova roupagem ao se deixar inundar pelo princípio da boa-fé. É o que antecipa Rosalice Fidalgo Pinheiro ao reconhecer que, com o desenvolvimento da boa-fé objetiva, apresentam-se os deveres de segurança (para que não se atente contra a integridade física ou patrimonial dos indivíduos), os deveres de informação (seja em relação aos contratantes, seja ao objeto do contrato) e os deveres de lealdade (em razão dos quais podem as partes desviar-se de uma vinculação ou praticar atos que induzam a contraparte em erro ou em danos injustificados)[533].

Vale dizer, por força da boa-fé, as partes estão adstritas ao cumprimento do contrato de acordo com aquilo que foi materialmente avençado pelos contratantes, e não somente a um adimplemento formal das cláusulas subscritas no instrumento contratual. Assim, com base na função supletiva e integrativa do princípio da boa-fé, impõe-se aos contratantes que eles façam não apenas aquilo com o que tenha se comprometido textualmente, mas tudo mais que seja necessário para garantir à contraparte o pleno resultado útil da prestação devida.

É nessa perspectiva que ganha destaque a tutela da confiança, gerada por uma parte na outra, e que fundamenta a essência do princípio da boa-fé. De fato, há uma estreita ligação entre a proteção da confiança, a lealdade – que deve caracterizar a conduta de todas as pessoas que vivem em sociedade – e a boa-fé objetiva. É no bojo desta relação que se destaca a importância da manutenção do equilíbrio contratual, sem desconsiderar que, se o acordo de

---

[532] A propósito, registre-se a cautela de Antonio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro sobre o assunto: "o recurso ao *tu quoque* com base na cláusula geral da boa-fé exige cuidadas prevenções. Na verdade, repugna à consciência ético-jurídica que alguém pretenda prevalecer-se da própria violação. Mas também não parece pensável que alguém possa perpetrar violações jurídicas a pretexto de outrem já ter feito outro tanto. Para a operacionalidade da exceção de *tu quoque*, temos de exigir, além de diversas concretizações dos valores em presença na boa-fé, um nexo muito estrito entre a situação violada pelo abusador e aquela de que este se pretende prevalecer" (MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **Tratado de Direito Civil Português**: parte geral. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p.264).

[533] PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Abuso do direito e as relações contratuais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.221.

vontade foi comutativo, essa comutatividade há ser mantida e respeitada ao longo da execução.

Na realidade, é indispensável que a expectativa da parte, materializada na confiança criada, seja legítima e razoável, conforme lembra Arnoldo Wald:

> é, assim, preciso que a confiança seja justificada e que a pessoa na qual se confia se apresente de tal forma que pareça merecê-la, sem a necessidade de maiores pesquisas por parte de quem nela está confiando. [...]. A confiança contém, evidentemente, um elemento ético de maior relevância, podendo até afirmar-se que a recente jurisprudência incorporou ao direito um valor que anteriormente era simplesmente moral e não jurídico. Tanto assim que se conclui que a confiança é protegida quando, da sua preterição, resulte atentado ao dever de atuar de boa-fé ou se concretize um abuso de direito[534].

É por esta razão que a proteção da confiança consiste num dos principais fundamentos da teoria do *venire contra factum proprium*, uma das mais abrangentes e complexas modalidades de abuso do direito que se configuram a partir da violação da boa-fé objetiva.

É esta boa-fé que indica a opção pela presença ética nas relações negociais. Na conformidade deste critério, há que se considerar, na análise de qualquer contrato, se os padrões de conduta revelam-se compatíveis com os ideais de lealdade e cooperação. Nesse aspecto, Roxana Cardoso Brasileiro Borges sugere que, considerando o contexto de uma dada relação contratual, "o comportamento das partes deve estar de acordo com o padrão razoável de conduta cultivado no meio social em que o contrato se insere"[535].

Assim, partindo da premissa do contrato como sinônimo de vínculo de cooperação entre as partes, pressupõe-se que a exigência de tutela da confiança tem fundamento na boa-fé objetiva. Não se deve olvidar, contudo, que a cláusula geral do artigo 422 tem abrangência também nas fases pré e pós- contratual, alcançando todos os instantes e sujeitos envolvidos na celebração, execução e conclusão de um contrato. Com efeito, todas as etapas e sujeitos envolvidos compõem a liga para a satisfação dos interesses legítimos dos sujeitos envolvidos, bem como da coletividade.

Se [536]é verdade que tanto a doutrina, como a jurisprudência brasileira tem se revelado inspirada pelos valores éticos do Direito, também é visível que se ressalta, nessa esteira, o esmero pelo imperativo da boa-fé. Isso por que, ao ser exercida como "uma faculdade que equivale a um ato de auto-exoneração temporária da obrigação de pagar ou de

---

[534] WALD, Arnoldo. O princípio da confiança. In: **Revista Forense**, v. 386. São Paulo: Forense, 2006, p.22.

[535] BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Reconstrução do direito privado: do clássico ao atual. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (coords.). **Direito Contratual**: temas atuais. São Paulo: Método, 2007, p.36.

[536] REALE, Miguel. A boa-fé na execução dos contratos. In: REALE, Miguel. **Questões de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 1997, p.25.

dar algo". Segundo Miguel Reale, deve a boa-fé "configurar tão somente o propósito do excipiente de preservar um direito próprio, até que seja cumprida pelo outro contraente a prestação, cuja falta ou defeito argüir, tudo para a preservação e não para a resolução da avença".

Visualiza-se na tutela da confiança depositada pelas pessoas no instante da celebração e execução de um contrato a irrefutável importância da boa-fé objetiva nas relações contratuais. Por tal razão, é importante que o Direito não fique indiferente à eventual frustração da confiança criada por atitudes aparentemente sinceras da contraparte, considerando o contexto de um contrato já existente, ou mesmo nas promessas formuladas nos instantes antecedentes à celebração do negócio.

Assim, para que o Direito, com base na boa-fé, dê proteção à confiança, exige-se a combinação de algumas circunstâncias. Na lição de Ronnie Preuss Duarte[537], o primeiro requisito para interferência do direito na proteção da confiança é a existência de uma situação justificada de confiança a ser protegida[538], seguido pela essencialidade da situação de confiança[539] e responsabilidade pela situação de confiança[540] e, por fim, deve haver o interesse pela proteção desta confiança[541].

Nesse aspecto, a despeito da cumulatividade dessa série de requisitos, é bom que se deixe claro que a preservação da confiança é elemento imprescindível à manutenção da estabilidade social e, como tal, há de ser protegida. Aposta-se, portanto, na atuação multifuncional e no caráter ético-jurídico da boa-fé objetiva para que se assegure esta proteção.

Não é à toa que ao compreender a proteção jurídica da confiança como verdadeira fonte de legitimação contratual, Ruy Rosado de Aguiar Junior revela-se bastante claro ao afirmar que a boa-fé

> é limitadora do direito subjetivo, angustia o âmbito da liberdade contratual, flexibiliza a estrutura material do contrato e gera certa insegurança quanto ao seu conteúdo, mas sua finalidade principal é a manutenção e conservação do

---

[537] DUARTE, Ronnie Preuss. A boa-fé e o abuso de direito no Código Civil Brasileiro. In: **Revista Direito Mackenzie**, ano 4, n.2, São Paulo: Editora Mackenzie, 2003, p.153.

[538] "Ou seja, os fatos concretos verificados devem ter o condão de objetivar e efetivamente incutir no agente determinada expectativa. Afasta-se o atendimento ao requisito quando houver torpeza ou excessiva credulidade deste" (Ibidem, p.169).

[539] "Tendo em vista que a confiança criada deve ter sido determinante na atividade jurídica do sujeito, sem a qual o indivíduo não teria agido" (Ibidem, p.169).

[540] "O sujeito que infundiu a confiança criada deve ter sido determinante na atividade jurídica do sujeito, sem a qual o indivíduo não teria agido" (Ibidem, p.169).

[541] "Deve haver um beneficio prático efetivo ao sujeito para que se proclame a proteção da confiança. Deve a situação trazer uma vantagem ou evitar um prejuízo ao agente" (Ibidem, p.169).

> vínculo, aperfeiçoado pelos princípios da confiança, da lealdade, da honestidade e da verdade[542].

Nada mais razoável. Afinal, foi-se o tempo em que o contrato era regido apenas pela liberdade contratual, a qual era realizada através do princípio da autonomia da vontade. Contemporaneamente, do mesmo modo que existe a obrigação de cumprir o contrato, diante de seu efeito vinculante, esta se associa ao dever ético de cumprir a palavra dada e o compromisso acertado de maneira honesta e leal. Deve-se isto ao princípio da boa-fé[543].

Assim, atento às funções interpretativa, integrativa e de controle desempenhadas pela boa-fé objetiva, as quais sempre se consideraram válidas e eficazes, o inovador Fernando Noronha vai mais além para analisar como pode o princípio da boa-fé chegar a justificar a extinção das obrigações e a resolução do contrato. Segundo ele, a boa-fé, além de exigir comportamentos proativos e recíprocos entre as partes, também impõe que o contrato não produza efeitos, com sua imediata extinção "quando a finalidade que as partes tinham em vista, e nele pressuposta, se torna definitivamente irrealizável, não obstante as prestações a que ambas se obrigaram, em si mesmas, continuarem objetivamente possíveis"[544]. Bom exemplo é o da pessoa que aluga a varanda de um apartamento para o dia da realização de evento tido como certo e que depois vem a ser cancelado. Segundo o autor, neste caso, extingue-se o contrato de locação, devendo o proprietário da varanda restituir o aluguel, se este já houvesse sido pago. Do mesmo modo, se ainda não, mesmo assim não consistiria comportamento contraditório a não celebração do negócio às suas vésperas. No mesmo passo, outros exemplos também demonstram a possibilidade de extinção do contrato em nome da boa-fé, tais como nos casos de impossibilidade econômica (quando os custos da execução contratual não compensam o valor do objeto em causa), onerosidade excessiva (como quando os planos econômicos oneram demasiadamente o contraente a ponto de o negócio tornar-se prejudicial ao contraente), ou mesmo quando outra relação (de trabalho, por exemplo) desmotiva a celebração do contrato de locação[545].

A propósito, ressalte-se que também é possível identificar ocorrências de atos atentatórios à boa-fé, portanto abusivos, nos demais tipos de contratos, a exemplo dos contratos de consumo e de trabalho. Em análise sobre este último, destaque-se trecho da

---

[542] AGUIAR JR, Ruy Rosado de *apud* PITHAN, Lívia Haygert. A proteção da dignidade humana nos contratos através da sua o objetivação e da confiança. In: **Direito & Justiça: Revista da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.** v.32. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006, p.91-92.

[543] Fernando Noronha ainda sugere que "o princípio da justiça contratual não deixa, porém, de estar presente, na medida em que a confiança do declaratário tem de ceder quando a aparente obrigação seja absolutamente estranha ao aparentemente obrigado – outra solução seria 'iníqua'" (NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais:** autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994, p.94).

[544] Ibidem, p.200.

[545] "situação de um funcionário público, ou de emprego particular, que celebra contrato de locação por período mais ou menos longo e que, quando menos espera, é transferido para outra cidade" (Ibidem, p.200).

ementa de julgamento do Recurso de Revista, realizado pela Ministra Relatora Desa. Kátia Magalhães Arruda:

> RECURSO DE REVISTA. HORAS DE SOBREAVISO. USO DE CELULAR. [...]. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. DISPENSA SEM JUSTA CAUSA. A indenização por dano moral pressupõe três requisitos: a prática do ato ilícito ou com abuso de direito (culpa ou dolo), o dano propriamente dito (prejuízo material ou sofrimento moral) e o nexo causal entre o ato praticado e o dano sofrido. Embora a dispensa sem justa causa seja direito potestativo do empregador, em algumas circunstâncias, pode-se configurar o abuso desse direito. No caso dos autos, a dispensa foi precedida de atos que criaram uma justa expectativa no empregado, de que a relação de emprego subsistiria tempo razoável (promoção seguida de transferência), de modo que, efetivada após oito meses da transferência, constituiu abuso de direito. O sofrimento moral foi constatado, pois a transferência que, por si apenas, gera transtornos e contratempos, foi especialmente desgastante no caso em exame, além de que os atos do empregador criaram no trabalhador um estado de confiança na permanência no emprego por período suficiente a compensar as despesas e/ou desconfortos gerados na execução do contrato [...][546].

Consta que o reclamante, o Sr. Gilson Marques de Souza, ex-funcionário da empresa Nordeste Segurança e Transporte de Valores Bahia Ltda, trabalhava na sede da cidade de Feira de Santana quando fora transferido outra sede na cidade de Vitória da Conquista, distante aproximadamente 400km da primeira. Ocorreu que, após empreender todos os esforços necessários para realização da mudança – dentre eles a aquisição de nova residência, as despesas de carga e transporte, matrícula dos três filhos na nova escola (incluindo a assunção de despesas com novos livros, visto que a transferência teria ocorrido no início do ano letivo, dia 01/02/2003, sendo que todo o material da escola anterior já havia sido providenciado), sem contar o desgaste emocional de ter abandonado todos os demais familiares em sua cidade natal – o reclamante fora despedido sem justa causa depois de completados apenas oito meses de trabalho na cidade de Vitória da Conquista.

Relata a Ministra que a empresa reclamada, utilizando-se do já desgastado argumento da banalização do dano moral, alegou, no bojo do Recurso de Revista, que o simples fato da reclamada despedir o funcionário, embora o mesmo tenha vindo a se transferir de outra cidade, e agora tendo que retornar a sua cidade natal, jamais justificaria qualquer indenização por danos morais. Baseando-se na mais absoluta convicção da razão assistida ao reclamante, entendeu a Desembargadora que, em casos como este, não resta dúvida que "a empresa age em violação ao princípio da boa-fé objetiva, incorrendo em abuso do direito de despedir, gerando danos materiais e morais a serem ressarcidos"[547].

---

[546] BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Recurso de Revista nº TST-RR-136800-12.2005.5.05.0611**. 5ª Turma. Ministra Relatora Desa. Kátia Magalhães Arruda. Brasília, 2005.

[547] Nesse sentido, a julgadora ainda explica que outros vários exemplos podem ser citados como de violação da boa-fé pelo *venire contra factum proprium*: "seriam as hipóteses do empregador que tolera o registro de ponto e depois passa a exigi-lo; do empregador que tolera o uso de determinada roupa no local de trabalho e depois se recusa a aceitá-la, sem que as circunstâncias de fato no trabalho tenham se modificado; do empregador que tolera o uso de veículo para fins particulares por parte do

De fato, foi o que aconteceu *in casu*. Segundo ela, a reclamada violou a boa-fé objetiva ao despedir o reclamante pouco tempo depois da sua transferência, pois a mudança do local de trabalho para cidade distante daquela de origem criou no trabalhador um estado de confiança na permanência no emprego por período suficiente a compensar as despesas assumidas. Mais que isso, o comportamento contraditório se configurou quando a empresa promoveu o reclamante à função de supervisor e, apenas oito meses depois, o despediu injustamente, sem qualquer outro motivo.

A Desembargadora acrescenta ainda a perfeita subsunção do parágrafo único do artigo 473 do Código Civil[548] ao caso em comento. Em sua opinião, inovou o referido dispositivo ao restringir o direito de resilição contratual de forma unilateral sempre que, pela natureza do contrato, a parte tiver feito investimentos de monta para sua execução. Ou seja, se a denúncia unilateral somente deve ter efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos, entende-se que o reclamante, certo de que permaneceria no emprego por prazo razoável, transferiu-se com sua família para outra cidade, assumindo despesas e todo o desgaste daí decorrente, tendo sido surpreendido com o comunicado de dispensa por parte da empresa para a qual trabalhava.

Acordaram os Ministros da Quinta Turma do Tribunal Superior do Trabalho pela indenização a título de danos morais, ante à violação da boa-fé objetiva, na quantia de R$15.000,00 (quinze mil reais), além da restituição pelos danos materiais comprovados, bem como o devido pagamento das verbas rescisórias.

Uma vez demonstrada a plena possibilidade de aplicação do princípio da boa-fé também nas relações contratuais trabalhistas, tendo servido esta como único parâmetro de solução do caso concreto apresentado, indaga-se a possibilidade de aplicação da boa-fé objetiva nas relações extracontratuais.

Ora, extravasando a situação meramente contratual, portanto de relação jurídica voluntariamente constituída, e adentrando ao âmbito meramente social, não resta dúvida de que existe uma nítida e justificável preocupação em garantir que os direitos subjetivos sejam exercidos apenas dentro de certos limites. É nesse raciocínio que se apresentam os respectivos fins econômicos e sociais, os bons costumes e, inevitavelmente, a boa-fé, sendo que, de outro modo, a conduta inicialmente lícita inevitavelmente ganhará a mácula da ilicitude, passando a ser vedada a sua prática e nascendo daí o dever sucessivo de indenizar.

---

empregado e depois procura vedar essa conduta etc. [...]. Em suma, a prática de determinado ato que cria na parte contratante a confiança de que o co-contraente não irá agir de forma contraditória. Assim, sempre que se estiver diante de tais situações, cria-se na outra parte, beneficiária direta, um estado de confiança, que, se rompido, revela a falta de boa-fé do titular do direito exercido" (Ibidem).

[548] Artigo 473: "a resilição unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia justificada à outra parte.
Parágrafo único: Se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos".

Certamente, em termos de negócios, é na esfera do direito contratual onde ocorrem frequentemente os maiores desvios no exercício da autonomia privada e, consequentemente, os flagrantes de abuso do direito. Wilson Jesus Pereira infere, inclusive, que "o contrato é a segunda maior fonte obrigacional de nossa sociedade, perdendo força apenas para a lei"[549].

Aliás, o pensador francês Jean-Jacques Rousseau, no século XVIII, já alertava para a necessidade de os homens conviverem em harmonia, na base do respeito mútuo entre os conviventes em sociedade:

> como os homens não podem criar novas forças, mas só unir e dirigir as que já existem, o meio que têm para se conservar é formar por agregação uma soma de forças que vença a resistência, com um só móvel pô-las em ação e fazê-las obrar em harmonia. Essa soma de forças só pode vir do concurso de muitos; mas como a força e a liberdade de cada homem são os primeiros instrumentos de sua conservação, como há de empenhá-los sem se arruinar, e cuidando como deve em si mesmo? [...]. Tal é o problema fundamental que envolve o contrato social. A natureza do ato determina de tal sorte que as cláusulas do contrato, que a menor modificação as tornaria vãs e nulas; de modo que, não tendo sido talvez nunca em forma anunciadas, são por toda a parte as mesmas, por toda a parte admitidas tacitamente e reconhecidas, até que, violado o pacto social, cada um torne a entrar em seus primitivos direitos e retome a liberdade natural, perdendo a liberdade de convenção, à qual sacrificou a primeira[550].

Não obstante a boa-fé objetiva venha cada vez mais se destacando na solução dos casos concretos, conclui-se que ainda há muito que evoluir para atuar como verdadeiro limite nas relações contratuais civis.

Neste ponto, destaca-se o exemplo do Código de Defesa do Consumidor, diploma no qual a boa-fé objetiva tem lugar de honra na tarefa de proteção e resguardo dos direitos dos consumidores.

5.2.1 O exemplo do Código de Defesa do Consumidor

Conforme aqui já se refletiu, o Estado Social de Direito não mais comporta a ideia da simples igualdade formal entre os indivíduos. De fato, cabe ao Estado intervir para que os interesses particulares não se sobreponham aos interesses sociais. Busca-se, e com razão, a concretização de uma igualdade material nas relações jurídicas, sendo que, para tanto, torna-

---

[549] PEREIRA, Wilson Jesus. Elementos do abuso do direito e sua aplicação nos contratos. In: CASTILHO, Ricardo; TARTUCE, Flavio (coords.). **Direito Civil**: direito patrimonial e direito existencial. Estudos em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. São Paulo: Método, 2006, p.280.

[550] ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social ou princípios do direito político**. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Editora Martin Claret, 2004, p.31.

se necessário o estabelecimento do equilíbrio – além de um contínuo monitoramento nesse sentido – entre a liberdade individual e o bem-estar coletivo.

É justamente nesse raciocínio que se pauta a reflexão temática desta pesquisa, tendo em vista que, uma vez inseridos numa era globalizada e capitalista como a que atualmente é possível se testemunhar, a tendência é que os indivíduos negociem cada vez mais. Nesse ritmo, à medida que se prima por uma circulação dinâmica de bens e serviços, com o fito de se atender eficazmente às necessidades de quem os usufrui, verifica-se as relações de consumo como uma constante no paradigma atual.

Assim, no estímulo de assegurar o equilíbrio necessário entre os contratantes, ganha destaque o já referido dirigismo contratual, mecanismo que pressupõe a intervenção estatal nas relações jurídicas. Nesse sentido, o Código de Defesa do Consumidor é o maior exemplo disso, por ter inovado na imposição da observância da probidade nos atos contratuais não mais como elemento subjetivo, mas como arquétipo de conduta a ser seguido. Tanto é verdade que foi no sentido objetivo que a boa-fé, sob a forma de cláusula geral, recebeu expressa consagração no CDC[551]. Como se não bastasse, a boa-fé objetiva passou a ser determinante para declaração de nulidade da cláusula contratual descumprida.

É o caso do inciso IV do artigo 51 do Código consumeirista, o qual determina que são nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que "estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade". Diante da "mudança de mentalidade" esboçado por Antonio Junqueira de Azevedo e reconhecida por Cláudia Lima Marques como "mudança de paradigma", que é sentida quando se enfatiza a relevância constitucional atribuída à legislação de proteção do consumidor, Teresa Negreiros observa o seguinte:

> com o advento do CDC, não apenas o sistema jurídico brasileiro passou a contar com uma cláusula geral de boa-fé, como, mais importante, esta cláusula geral, por força de expresso reenvio, se tornou um significativo elo entre as relações negociais privadas e a normativa constitucional, daí se justificando a aplicação do princípio da boa-fé para além do campo das relações de consumo[552].

É bem verdade que o advento do Código de Defesa do Consumidor serviu de exemplo aos demais ramos do direito privado na medida em que trouxe a previsão de cláusulas abertas que proporcionam ao magistrado maior facilidade de aplicação, no caso concreto, de princípios que informam as relações contratuais de consumo. É válido dizer que o princípio da boa-fé, uma vez apresentado como um dos principais dentre os que compõem a principiologia consumeirista, tem sua incidência potencializada pela vulnerabilidade do consumidor.

---

[551] AMARAL, Luiz Otávio de Oliveira. CDC: Um marco da pós-modernidade jurídica. In: **Direito em ação – Universidade Católica de Brasília**, v.1, n.1. Brasília: Universa, 2000.
[552] NEGREIROS, Teresa. **Teoria Geral do contrato**: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.128-129.

De fato, é por esta razão que o dever de informação, decorrência direta da função supletiva do princípio da boa-fé, ganha ainda mais destaque nas relações de consumo: devido à existência de uma desigualdade pressuposta entre os negociantes envolvidos. Apresenta-se, sobretudo como uma evolução do dever de informar presente em todo tipo de relação contratual, o dever de aconselhamento. Em sua especificidade, tem mais força o dever de aconselhamento em relação ao dever de informação, no sentido de que não basta a proibição de guardar segredo acerca de determinado aspecto do contrato, mas passa a se exigir um comportamento proativo por parte dos contratantes, de modo aquele favorecido técnica, jurídica ou economicamente deverá compartilhar suas informações com o contratante vulnerável, aconselhando-o para que o mesmo não seja prejudicado pela ignorância sobre detalhes que poderiam ser determinantes tanto para a celebração, como para execução e conclusão do contrato. A justificativa para tal constatação pode estar nas palavras de Ronnie Preuss Duarte:

> não se pode desconhecer, outrossim, que em matéria de consumo a proteção é mais cerrada, com o agravamento dos deveres de conduta. Tal exacerbação de deve ao fato de que, em se tratando de relação contratual de consumo, há uma situação de desequilíbrio entre os contratantes, dada a condição de hipossuficiência do consumidor[553].

É bom lembrar que, não obstante o estabelecimento da cláusula geral da boa-fé objetiva tenha se dado no novo Código Civil sem grandes especificidades, como se deu no Código de Defesa do Consumidor, qualquer diferença de detalhamento não diminui a força dos deveres acessórios nas relações civis, que, ao menos qualitativamente, são qualitativamente idênticas às relações consumo. Tampouco a atuação da boa-fé em suas funções interpretativa e restritiva não deixa a desejar, de modo que já não resta qualquer dúvida quanto à possibilidade de aplicação da boa-fé objetiva para além das relações consumeiristas[554].

Atente-se para a importância, cada vez mais clara, da informação na atual sociedade de consumo. A realidade é que a discussão individual e personalizada quanto à escolha da forma e do conteúdo do contrato, além das partes com quem contratar, dá lugar a relações massificadas em que a informação é transmitida através de sua divulgação por meio de propagandas destinadas a um público alvo, porém impessoal[555]. Tudo isto confirma que o

---

[553] DUARTE, Ronnie Preuss. A boa-fé e o abuso de direito no Código Civil Brasileiro. In: **Revista Direito Mackenzie**, ano 4, n.2, São Paulo: Editora Mackenzie, 2003, p.164.

[554] É Andréa Paula Matos Rodrigues de Miranda que lembra que o dever de informação como imperativo de lealdade imposto pela boa-fé objetiva tem mais incidência no campo das relações de consumo, mas Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho insistem no registro de que este referido dever anexo também é exigível nos contratos civis em geral, e não apenas nos negócios celebrados no âmbito do Direito do Consumidor (MIRANDA, Andréa Paula Matos Rodrigues de. **A boa-fé objetiva nas relações de consumo**, 2003. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Salvador; GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**: contratos, tomo 1, teoria geral. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2006).

[555] MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

princípio da boa-fé deve ser observado em todas as etapas do contrato, inclusive no que diz respeito à fase pré-contratual, na qual persiste um dever de apresentação da situação fática real, e isto se dá principalmente através do fornecimento de informações necessárias para que a outra parte manifeste o seu real consentimento. Aliás, um bom exemplo é o do fornecimento de panfletos de propaganda de venda de algum bem, levando a crer que os acessórios estão incluídos no preço ofertado sem que de fato estejam, influenciando de forma decisiva na aceitação da outra parte em integrar a relação jurídica contratual de consumo. Assim, mais do que incorrer na incidência da prática de propaganda abusiva, é necessário que as partes submetam-se às regras de conduta de retidão e lealdade, nos conformes da boa-fé objetiva.

Nesse sentido, julgamento relevante e que traduz a necessidade imperiosa de observância da boa-fé demonstrada no dever de informação foi a decisão proferida no Tribunal de Quebéc, citada e traduzida por Luis Guilherme Loureiro:

> a aparição da obrigação de informação é relativa a um certo equilíbrio no âmbito do direito civil. Ainda que anteriormente se deixasse para cada parte a incumbência de se informar antes de agir, o direito civil está atualmente mais atento às desigualdades das partes em matéria de informações, o que impõe uma obrigação positiva de informação no caso onde uma das partes se encontra em posição vulnerável, onde os danos podem se seguir. A obrigação de informação e o dever de não falsear informações podem ser concebidos como duas faces da mesma moeda[556].

Assim, diante de tudo exposto e compreendendo a importância da obediência ao dever de informação, como resultado da imposição do princípio da boa-fé objetiva, impossível não fantasiar as implicações do dever de aconselhamento presente nas relações contratuais de consumo.

É válido ressaltar que permanece o dever de informação e aconselhamento também nas fases de execução e conclusão do contrato, assim como os demais deveres anexos criados segundo a função supletiva do princípio da boa-fé. Assim, como aqui já fora dito, exige-se que a prestação e a contraprestação mantenham razoável equilíbrio e sejam cumpridas segundo os parâmetros de lealdade e honestidade impostos pela boa-fé objetiva, sempre em atenção ao cumprimento de sua função social.

Nesse sentido, ao considerarmos uma dada relação de consumo, viola a boa-fé a redação de um contrato de adesão em fonte minúscula que dificulte a percepção, por parte do contratante, de alguma cláusula abusiva presente em seu conteúdo. Noutro passo, já na fase pós-contratual, não é dado ao contratante que cumpriu a fase de execução infringir o dever de sigilo quanto às informações adquiridas no curso da relação contratual[557]. Em ambos os casos,

---

[556] LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Contratos no novo Código Civil**: teoria geral e contratos em espécie. 2. ed. São Paulo: Editora Método, 2004, p.75.

[557] É o que Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho chamam, em referência a Maurício Jorge Mota, de "pós-eficácia das obrigações", admitindo que "os deveres anexos ou de proteção gerarão efeitos que subsistirão à própria vigência do contrato em si" (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**: contratos, tomo 1, teoria geral. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p.80).

caberá ao magistrado, certo de que não basta a obediência ao padrão politicamente correto de comportamento, a análise do caso concreto para verificar se foram observados pelos sujeitos da relação os deveres de diligência e lealdade impostos pela boa-fé objetiva.

Em vista disso, não há como não concordar que a grande contribuição do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078 de 1990), ao regime das relações contratuais no Brasil foi ter positivado normas específicas impondo o respeito à boa-fé na formação, na execução e na conclusão dos contratos de consumo. Confirma-se, portanto, o princípio da boa-fé no direito do consumidor como um princípio geral do direito brasileiro, como linha teleológica para a interpretação das normas de defesa do consumidor, como cláusula geral para definição do abuso contratual como instrumento para realização da harmonia e equidade das relações entre consumidores e fornecedores e como novo paradigma objetivo limitador da livre iniciativa e da autonomia da vontade. A verdade é que a boa-fé objetiva deixou sua função coadjuvante no plano legislativo para, em sendo positivada nos artigos 4 e 51, IV do Código de Defesa do Consumidor, galgar a sua importância como princípio social dos contratos de consumo:

> Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia nas relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:
>
> I – reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;
>
> II – ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:
>
> a)por iniciativa direta;
>
> b)por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas;
>
> c)pela presença do Estado no mercado de consumo;
>
> d)pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho.

Segundo Paulo Luiz Netto Lôbo, existe certa imprecisão entre o que denomina princípios e as diretrizes gerais contidas no mencionado artigo. Sugere o autor, diante da leitura do indigitado dispositivo, que as expressões nele empregadas podem ser agrupadas segundo a classificação dos princípios sociais por ele adotadas em sua reflexão. Desse modo, o trecho do inciso III do artigo 4º do CDC implicitamente estaria conduzindo ao princípio da função social; a transferência e a harmonia referidas no *caput* do mencionado artigo sugere o princípio da boa-fé objetiva; e a vulnerabilidade, a harmonização dos interesses e o equilíbrio nas relações indicam a incidência do princípio da equivalência material[558].

---

[558] LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Princípios sociais dos contratos no CDC e no novo Código Civil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n.55. Disponível em <http://jus.uol.com.br/revista/texto/2796> Acesso em 17 jan.2011.

Não resta dúvida quanto às benesses desta norma no alcance do festejado equilíbrio da relação entre o fornecedor e o consumidor hipossuficiente. Aliás, é o que mais se comenta entre os teóricos da área, a exemplo de Judith Martins-Costa, haja vista que é dela a afirmação de que "para viabilizar o reequilíbrio, ao fornecedor são impostos, seja em decorrência da previsão casuística, seja por decorrência do princípio da boa-fé, uma série de deveres que visam minimizar o desequilíbrio real"[559].

A propósito, foi no texto do diploma consumeirista que a boa-fé objetiva foi pioneiramente positivada de forma expressa no direito brasileiro, sendo que, antes disso, ela tinha lugar no ordenamento tão somente em sua concepção subjetiva.

A boa-fé como cláusula geral serve como princípio máximo orientador do Código de Defesa do Consumidor, que não pode ser entendido como mera intenção ou sugestão de comportamento, mas como objetivo primordial de conduta, exigência de conduta, lealdade, cuidado com a integridade física e patrimonial, que deve prevalecer desde a formação inicial da relação de consumo.

Se ao devedor são impostos deveres que asseguram ao consumidor determinadas prerrogativas de compensação diante do desequilíbrio real existente entre eles, Newman de Faria Debs adverte que o artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor não serve somente como fator de correção deste desequilíbrio:

> a dicção legal do referido artigo 4º, que tem natureza de norma princípio, a informar todo o ordenamento consumeirista, eis que insculpida no bojo da Política Nacional das Relações de Consumo, deixa clara de maneira inequívoca a intenção do legislador do CDC de promover a *harmonização* dos interesses dos participantes das relações de consumo, bem como a compatibilização a proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica do Brasil[560].

Não é mais novidade que o advento do Código de Defesa do Consumidor proporcionou a elevação da boa-fé objetiva à posição de modelo de comportamento no direito brasileiro, servindo inclusive como argumento para acionar os clássicos mecanismos de preservação da harmonia contratual, tais como a aplicação da teoria da imprevisão e adimplemento substancial[561].

---

[559] MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social entre *cosmos* e *táxis:* a boa-fé nas relações de consumo. In: MARTINS-COSTA, Judith. **A reconstrução do direito privado**: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.614.

[560] DEBS, Newman de Faria. Algumas reflexões sobre o princípio jurídico da boa-fé no mundo contemporâneo. In: In: CASTILHO, Ricardo; TARTUCE, Flavio (coords.). **Direito Civil**: direito patrimonial e direito existencial. Estudos em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. São Paulo: Método, 2006, p.255.

[561] Anderson Schreieber explica que "na perspectiva tradicional, em que o adimplemento consiste simplesmente no cumprimento da prestação principal, a tutela do crédito em tais hipóteses exige

Ademais, foi o reconhecimento da condição de vulnerabilidade do consumidor que levou o Estado a intervir nas relações contratuais, no propósito de garantir-lhe proteção. Para tanto, o Código consumeirista adotou o princípio da boa-fé objetiva, que passou a informar todas as relações de consumo, exigindo das partes o proceder de acordo com os padrões de conduta socialmente esperados. Nesse raciocínio, o Código de Defesa do Consumidor terminou por revitalizar este antigo princípio geral do direito, o qual somente era implicitamente referenciado no Código Comercial de 1850.

Por isso, Andréa Paula Matos Rodrigues de Miranda explica que a intervenção estatal no âmbito das relações contratuais, por meio da materialização do princípio da boa-fé, não se deu apenas pela busca da proteção da sua vontade (interna ou declarada). Segundo ela, o valor fundamental visado pelo ordenamento ao promover a tutela do contrato é "preservar a confiança daqueles que contratam, tendo em vista assegurar a estabilidade dos negócios celebrados, até como uma forma de facilitar a circulação e assegurar a maximização do aproveitamento econômico"[562].

O que verdadeiramente se busca nesse âmbito, além da proteção contratual do consumidor, é a justiça contratual, no sentido de preço justo. Aliás, foi com esse objetivo que o legislador estabeleceu alguns mecanismos a serem aplicados em favor da parte mais frágil da relação: o inciso V do artigo 6º, por exemplo, permite que as cláusulas contratuais sejam modificadas acaso as prestações revelem-se desproporcionais e que estas sejam revisadas se houver onerosidade excessiva em razão de fatos supervenientes à celebração do negócio; já o artigo 51 e seus parágrafos prevêem a possibilidade de intervenção direta no conteúdo dos contratos, sancionando com nulidade absoluta as cláusulas abusivas que, como se sabe, não dependem da atitude maliciosa do fornecedor, mas sim dos seus efeitos no contexto geral do contrato individualmente considerado e da manutenção do seu equilíbrio na conformidade da boa-fé.

A propósito, quando se trata de cláusula abusiva no âmbito dos contratos de consumo, a boa-fé objetiva também é chamada para atuar em suas três funções. Em verdade, em qualquer exemplo de identificação da abusividade de uma determinada cláusula, haverá o recurso à função interpretativa do princípio da boa-fé, enquanto que será acionada a sua segunda função quando da identificação da abusividade decorrente da violação de deveres

---

mesmo o recurso a alguma figura ou norma externa à disciplina do adimplemento, como a violação positiva do contrato ou o (mais direto) recurso à cláusula geral de boa-fé objetiva (art. 422). Não é, todavia, o que ocorre em uma perspectiva funcional, na qual o cumprimento da prestação principal não basta à configuração do adimplemento, exigindo-se o efetivo atendimento da função concretamente atribuída pelas partes ao negócio celebrado, sem o qual todo comportamento (positivo ou negativo) do devedor mostra-se insuficiente" (SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva e o adimplemento substancial. In: CASTILHO, Ricardo; TARTUCE, Flavio (coords.). **Direito Civil**: direito patrimonial e direito existencial. Estudos em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. São Paulo: Método, 2006, p.125).

[562] MIRANDA, Andréa Paula Matos Rodrigues de. **A boa-fé objetiva nas relações de consumo**, 2003. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Salvador, p.22-23.

instrumentais, e, finalmente, a aplicação da função restritiva prevalecerá se determinada cláusula formalmente lícita for capaz de afetar o equilíbrio entre as partes na relação[563].

De fato, tem plena serventia a boa-fé objetiva na solução de impasses contratuais que preenchem os pressupostos de incidência do Código de Defesa do Consumidor, a exemplo do Recurso Especial julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, assim ementado:

> RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. DEVOLUÇÃO DOS VALORES NA FORMA DA CARTA DE CRÉDITO. UTILIZAÇÃO PARA AQUISIÇÃO DE OUTRO IMÓVEL NA MESMA CONSTRUTORA. ART. 53, CAPUT, C/C ART. 51, II, DO CDC. RECURSO NÃO CONHECIDO. 1. Análise da abusividade da cláusula de decaimento 'é feita tanto frente ao direito tradicional e suas noções de abuso de direito e enriquecimento ilícito, quanto frente ao direito atual, posterior à entrada em vigor do CDC, tendo em vista natureza especial dos contratos perante os consumidores e a imposição de um novo paradigma de boa-fé objetiva, equidade contratual e proibição da vantagem excessiva nos contratos de consumo (art. 51, IV) e a expressa proibição de tal tipo de cláusula no art. 53 do CDC'. 2. Ao dispor o contrato que a devolução dos referidos valores ao adquirente se daria por meio de duas cartas de crédito, vinculadas à aquisição de um outro imóvel da mesma construtora, isso significa, efetivamente, que não haverá devolução alguma[564].

O Ministro Hélio Quaglia Barbosa não conheceu do Recurso Especial e concluiu que, de uma forma ou de outra, permanecerá o consumidor-adquirente submetido à construtora, visto que o único caminho para não perder as prestações já pagas será o de adquirir uma unidade imobiliária da própria construtora recorrente.

À guisa de desfecho, sabe-se que não resta mais dúvida acerca da enorme importância que tem o princípio da boa-fé objetiva no âmbito do Direito do Consumidor e que, por tal razão, já possui ampla aplicação prática. No mesmo passo, ainda que com certo atraso, no Código Civil de 2002 – são os contratos civis que interessam na reflexão desta pesquisa – ao positivar a cláusula geral da boa-fé objetiva, além de apostar na sua atuação multifuncional como importante instrumento de interpretação, integração e de controle, também injeta definitivamente os ideais de justiça, equidade e socialidade no ordenamento brasileiro[565]. Sabe-se, entretanto, que ainda há muito que evoluir para que o princípio da boa-

---

[563] Ibidem.

[564] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 437.607/PR**, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, Quarta Turma, julgado em 15/05/2007, DJ 04/06/2007, p.355.

[565] Há quem diga que o recurso às cláusulas gerais para solução de casos não previstos expressamente nas normas-regras não é uma novidade trazida pelo Código Civil de 2002. Guilherme Calmon Nogueira da Gama infere que o Código de Beviláqua já as possuía, mesmo que em quantidade bem mais restrita: "como exemplo das cláusulas gerais presentes no bojo do Código Civil podem ser citadas a norma regente da responsabilidade civil por ato ilícito aquiliano (art. 159), a norma da responsabilidade civil por inadimplemento contratual (art. 1.056) e a norma sobre a obrigação de restituição do indevido (art. 964)" (GAMA, Guilherme Nogueira da; PEREIRA, Paulo Queiroz. Função Social do Contrato. In: GAMA, Guilherme Nogueira da. (coord.). **Direito Civil:** Aspectos sociais I. São Paulo: Atlas, 2007, p.81).

fé desponte neste âmbito com a mesma eficiência e concretude quanto como se observa com o exemplo do Código de Defesa do Consumidor.

5.3.4 A solução da cláusula geral da boa-fé objetiva

Inicialmente, cumpre ressaltar que a adoção dos princípios sociais da nova teoria contratual aproxima o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil. Por que, segundo ele, existe a tendência pelo "desaparecimento progressivo da distinção dos regimes jurídicos dos contratos comuns e dos contratos de consumo, ao menos no que concerne a seus princípios e fundamentos"[566].

O que não se tem dúvida é que, ao se relacionar com seus semelhantes, o ser humano deposita a confiança de ter de volta o mesmo tratamento honesto e probo por ele dispensado. Em geral, o ser humano é reto e honra com seus compromissos assumidos, já que sua palavra faz-se digna de confiança e, muitas vezes, é mais forte do que um papel assinado e com firma reconhecida. Ocorre que, em outras situações, o retorno que se obtém desagrada a parte que alimentou a confiança do negócio que deveria ser cumprido: para esses casos, existe a *ultima ratio* de levar o impasse à apreciação do Poder Judiciário.

É certo que a função primordial da boa-fé objetiva é impor o padrão da eticidade em toda e qualquer atitude dos contratantes no exercício de um direito subjetivo, sempre voltado à cooperação, ao diálogo e à retidão para com seu par. Aliás, sempre foi essa a intenção do legislador infraconstitucional: traduzir o princípio da igualdade e da dignidade humana para o campo das relações particulares no dever de obediência ao princípio da boa-fé.

Contudo, como não poderia deixar de ser, para os casos de violação dos parâmetros de retidão e lealdade exigíveis nas relações contratuais, revela-se-se bem-vinda a cláusula geral da boa-fé objetiva para auxiliar o magistrado na interpretação e análise quanto à qualificação do comportamento das partes de acordo com as circunstâncias específicas de cada caso concreto. A cláusula geral, nesse caso, permite ao julgador eficiente subsunção da norma ao caso *sub judice.*

Nesse sentido, Paulo Luiz Netto Lôbo analisa que a utilização dos princípios e das cláusulas gerais sempre foi vista com certas reservas pelos juristas, principalmente em razão da indeterminação do seu conteúdo, além do receio por se pensar na possibilidade de o Estado intervir nas relações privadas por meio do juiz. Todavia, ele explica, "para a sociedade em mudanças, para a realização das finalidades da justiça social e para o trato adequado do

---

[566] LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Princípios sociais dos contratos no CDC e no novo Código Civil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n.55. Disponível em <http://jus.uol.com.br/revista/texto/2796> Acesso em 17 jan.2011.

fenômeno avassalador da massificação contratual e da parte contratante vulnerável, constituem eles ferramentas hermenêuticas indispensáveis e imprescindíveis"[567].

Tem razão o autor ao defender a necessidade de aceitação desta moderna técnica legislativa frente à necessidade de implementação definitiva da justiça social e equilíbrio das relações, tal como há muito se espera. Por outro lado, como aqui já se falou, ainda persiste certa insegurança por que as cláusulas gerais sugerem a limitação da autonomia das partes na estipulação de suas próprias obrigações contratuais. De fato, a sociedade ocidental se acostumou a pactuar obrigações, produzindo o que aprendeu a chamar de lei privada, mas, para isso, nada com o exemplo do direito germânico, no qual os juristas se valeram das vantagens da utilização de conceitos jurídicos indeterminados:

> la problemática sobre las cláusulas generales, y por conseguiente, también la nuestra - es algo que se encuentra desde hace mucho tiempo en todas las bocas. – No es raro toparnos con exageradas alabanzas de los impulsos que del parágrafo 242 pueden partir em pro de una depuración de la ética contractual o para conseguir dominar las crisis econômicas de los últimos dicenios. De hecho, la jurisprudência racaída en torno al parágrafo 242 a transtornado el Derecho das obligaciones y lo a mantenido en beneficiosa movilidad. En estos elogios, las clausulas genelares se entienden como paragrafos régios. Se hacen orgullosas referencias al pretor romano o al juez inglês[568].

Sabe-se que o BGB alemão desponta como uma das mais completas legislações da era moderna, justamente por proporcionar ao magistrado a opção de utilizar, como técnica legislativa, as cláusulas gerais.

A adoção da inovadora técnica legislativa das cláusulas gerais traz vantagens justamente por que pressupõe o definitivo rompimento do direito dos contratos com o individualismo jurídico presente em um passado recente. Isso por que a cláusula geral da boa-fé objetiva representa verdadeira limitação ao princípio da autonomia da vontade, por permitir a intervenção do Estado nas entranhas do contrato, tal como observa Andréa Paula Matos Rodrigues de Miranda, seja para afastar as cláusulas abusivas, seja para criar novos deveres contratuais que independem da vontade declarada dos contratantes[569]. Nesse raciocínio, é certo que a boa-fé objetiva, como cláusula geral, também pode influenciar no campo de validade dos negócios jurídicos, por se encontrar diretamente ligado à exigência da declaração livre de vontade dos contratantes no momento da celebração do contrato.

Inserido neste quadro, está o juiz, que passa a assumir papel vital para a credibilidade e efetividade da nova ordem contratual. Ao juiz é reservada a aplicação das cláusulas gerais, inicialmente abstratas, mas que, a partir de sua subsunção ao caso *sub judice*,

---

[567] Ibidem.
[568] WIEACKER, Fraz. **El principio general de La buena Fe**. Tradución de José Luis Carro.Prólogo de Luis Diez-Picazo. Madrid: Editorial Civitas SA, 1977, p.29.

[569] MIRANDA, Andréa Paula Matos Rodrigues de. **A boa-fé objetiva nas relações de consumo**, 2003. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Salvador.

ganham concretude suficiente para alterar o cenário daquela relação jurídica. Não resta dúvida, portanto, que ao magistrado caberá o preenchimento da cláusula geral sempre levando em conta os valores jurídicos, sociais, econômicos e morais envolvidos[570].

A verdade é que, conforme observado por Clóvis Couto e Silva, com a edição das cláusulas gerais, liberam-se os legisladores, transferindo a tarefa de individualizar o seu conteúdo aos juízes, "para que se restabeleça, com o tempo, o processo através do qual do 'direito do caso' chega-se à formulação de 'normas novas', extraindo-se dele as *rationes decidendi*"[571].

Ademais, também é necessário reconhecer que existe uma irredutível margem de livre apreciação por parte do juiz, não só na concretização de uma pauta de valoração que necessita ser preenchida, mas também no eventual julgamento de uma situação de fato com base nos costumes. Tanto é que, na lição de Karl Larenz, ao juiz sempre resta uma margem de liberdade, independente daquela conferida pelas cláusulas gerais, tendo em vista que sua percepções ao longo da vida e sua convicção pessoal sobre o que é certo sempre vai estimulá-lo em sua decisão. Segundo o autor, engana-se quem acredita na racionalização sem resquícios de todos os fenômenos da vida, capaz de promover o afastamento definitivo da "personalidade criadora"[572].

Ora, o legislador, através do dirigismo contratual, ao elaborar normas que visam coibir a prática de determinados atos potencialmente prejudiciais à preservação da ordem pública e dos bons costumes, encontra uma barreira inevitável, que é a crescente evolução do panorama econômico e social. É nesse momento que se torna necessária a participação do juiz. Assim, se o processo de controle constante das operações contratuais não é simples levando em conta que o que se busca é a aplicação justa da norma, nada mais razoável do que contar com a eficiência das cláusulas gerais da função social dos contratos e da boa-fé objetiva para solucionar adequadamente o caso concreto.

---

[570] Antonio Hamilton de Castro Andrade Neto, preocupado com tamanha liberdade e responsabilidade conferida ao magistrado na aplicação das cláusulas gerais, seja de função social dos contratos, seja da boa-fé objetiva, adverte o seguinte: "porém, em que pese a relevância da atuação do juiz no sentido de equilibrar a relação jurídica das partes, este fato pode denotar uma intervenção estatal nas relações particulares maior do que a almejada e proposta pela doutrina. Este fato se deve à grande desigualdade existente na sociedade e as constantes práticas abusivas ocorridas nos negócios privados, as quais acabam por proporcionar maior dirigismo estatal" (ANDRADE NETO, Antonio Hamilton de Castro. Algumas considerações sobre a evolução do contrato e de sua função social. In: ARRUDA ALVIM, Angélica; CAMBLER, Everaldo Augusto (coords.). **Atualidades de Direito Civil**. v.1. Curitiba: Juruá, 2006, p.42).

[571] SILVA, Clóvis Couto e. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (org). **O direito privado na visão de Clóvis Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p.53.

[572] LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p.416.

Sobre isso, Maria Ribeiro Santiago explica que é justamente para permitir essa participação do juiz que

> o ordenamento deve conter também dispositivos proibitivos formulados em termos suficientemente amplos, genéricos e elásticos, que possam cobrir mesmo hipóteses singulares não previstas ou não previsíveis no momento da promulgação da norma. Tais dispositivos se denominam cláusulas gerais.

De fato, não há como negar que as cláusulas gerais afiguram-se como avançada técnica legislativa que anuncia, através de expressões propositadamente vagas, princípios e máximas que compreendem e recepcionam inúmeras hipóteses concretas de condutas que já ocorreram no presente ou estão por se realizar no futuro[573].

Mesmo assim, esta característica genérica das cláusulas gerais não pode ser confundida com a possibilidade de julgamento arbitrário e infundado do aplicador do direito quando da análise do caso concreto. Ao contrário do que costuma se falar, a essência da cláusula geral da boa-fé é mais objetiva é mais ampla do se pode imaginar, não cabendo interpretações tão diversas que descambem no subjetivismo ou na injustiça. É o que se pode notar a partir da breve análise do julgamento da Apelação Cível nº 2008011029126-8, relatado pelo Desembargador Sr. Sérgio Bittencourt e assim ementado:

> CIVIL – DANOS MATERIAIS E MORAIS – CONTRATO DE LOCAÇÃO – IMÓVEL RESIDENCIAL – INCÊNDIO – PAGAMENTO DE SEGURO – DESCUMPRIMENTO DE CLÁUSULA – ABUSO DE DIREITO – VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA – DEVER DE INDENIZAR O PREJUÍZO MATERIAL. A contratação e o pagamento do seguro contra incêndio quando feitos, reiteradamente, pela própria imobiliária administradora, desde o início do contrato, para posterior ressarcimento pelo locatário, gera situação de confiança e segurança recíprocas. A mudança de conduta, contrária à anterior, sem prévia informação ao locatário, viola o princípio da boa-fé objetiva, previsto no art. 422 do CC, impondo à imobiliária indenizar o locatário pelos danos materiais que sofreu em decorrência do incêndio ocorrido no imóvel locado[574].

Segundo consta, o referido contrato de locação de imóvel residencial foi celebrado no dia 03/12/2002. O Sr. Abel de Souza Pinheiro, locatário do imóvel, havia se responsabilizado, com base na cláusula oitava do instrumento contratual, de providenciar o pagamento do Bilhete de Seguro contra incêndio durante o prazo de locação e de prorrogações. Na mesma cláusula, o locatário também autorizava a administradora que

---

[573] MELLO, Adriana Mandim Theodoro de Mello. **A função social do contrato e o princípio da boa-fé no Código Civil Brasileiro**. Disponível em <www.robertotexto.com/.../artigos>. Acesso em 14 nov 2010.

[574] DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Apelação Cível 20080110291268**, Relator Des. Sérgio Bittencourt, 4ª Turma Cível, julgado em 08/07/2009, DJ 27/07/2009, p.138.

intermediou a locação, Pinheiro Empreendimentos Imobiliários Ltda, a proceder ao pagamento anual do seguro, ficando acertado que a mesma seria ressarcida por ele[575].

Em seu relatório, o Desembargador Sérgio Bittencourt explica que, durante todo o pacto contratual, a cláusula oitava havia sido cumprida à risca, tanto pelos contratantes, como pela empresa intermediadora do negócio, que sempre providenciou o pagamento do boleto do seguro contra incêndio e vinha sendo regularmente ressarcido pelo locatário na data certa. Assim ocorreu desde o início do contrato de locação até o dia 01/01/2008 quando, entre 00:00h e 02:00h da madrugada, ocorreu um incêndio no imóvel locado, causado por um fenômeno termoelétrico identificado no laudo pericial. Diante disso, ao locatário, que teve seus bens destruídos no sinistro, foi negado o valor coberto pela apólice em razão do pagamento não ter sido realizado na data correta. Na realidade, a imobiliária, apesar de ter emitido o boleto de pagamento do Bilhete de Seguro contra Incêndio no dia 12/12/2007, apenas providenciou sua renovação um dia após o evento danoso, em 02/01/2002.

Como dito, a Pinheiro Empreendimentos Imobiliários Ltda, autorizada pelo autor "a providenciar a feitura do seguro e pagamento do Bilhete", nos termos da cláusula oitava do contrato, incumbiu-se desta tarefa desde o início de sua vigência, tanto é verdade que pagava o seguro e cobrava do locatário o valor desembolsado para tanto.

Tal atitude, praticada reiteradamente pela administradora, instaurou uma relação de confiança e segurança entre as partes. Não resta dúvida de que ela tinha o dever de comunicar previamente o autor sobre a mudança de sua conduta, já que ele contava com sua lealdade e não poderia prever a alteração de seu comportamento, contrário ao anterior, durante a execução do contrato.

Como se vê, houve, na conduta da empresa ré, flagrante inobservância da cláusula geral da boa-fé objetiva, prevista no artigo 422 do Código Civil, 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". Em verdade, enquanto o que se esperava da administradora era uma atitude pautada na ética e no respeito, o que se observou foi um comportamento diametralmente oposto às expectativas geradas por suas atitudes até aquele instante do vínculo contratual, sempre tendentes a honrar a palavra dada.

É de se observar que o contrato de locação de imóvel residencial, apesar de ter sido firmado pelo locador e pelo locatário, foi levado à solução pelo Poder Judiciário em razão de conduta violadora da boa-fé objetiva por parte da empresa intermediadora do negócio, que, ao se conduzir sempre de maneira conveniente para os contratantes ao longo de 04 (quatro) anos, deixou de realizar o pagamento tempestivamente. Não por menos, a ré

---

[575] O teor da cláusula oitava era o seguinte: "O Locatário se obriga a pagar durante o prazo de locação e prorrogações, Bilhete de Seguro contra Incêndio do imóvel locado, no valor de 80 (oitenta) vezes o aluguel. Neste ato, o Locatário autoriza a Administradora a providenciar a feitura do seguro e pagamento do Bilhete. O pagamento do prêmio será exigido com o pagamento do primeiro aluguel, cujo valor é de aproximadamente 15% (quinze por cento) do valor do aluguel contratado, pago uma única vez por ano. (Art. 22, inciso VIII, Lei 8.245/91)".

alegou em sua defesa que não estava obrigada ao pagamento do seguro e assim somente o fazia por mera liberalidade, e que tal responsabilidade cabia ao locatário, nos termos da cláusula oitava do contrato de locação.

A tese da administradora foi prontamente descartada pelo Desembargador em seu voto, já que, com razão, o mesmo entendeu que a apelada deveria reparar os prejuízos materiais (incluindo os bens móveis que ali estavam) experimentados pelo locatário em virtude do incêndio ocorrido no imóvel. Acrescentou, ainda, o julgador que, diante do contexto descrito, faz-se referência ao princípio segundo o qual *nemo potest venire contra factum proprium*, ou seja, a ninguém é dado vir contra o próprio ato. Segundo ele, na acepção contemporânea do termo, este princípio veda que alguém pratique uma conduta em contradição com sua conduta anterior, lesando a legítima confiança de quem acreditara na preservação daquele comportamento inicial. Em suas próprias palavras:

> a vedação de comportamento contraditório obsta que alguém possa contradizer o seu próprio comportamento, após ter produzido, em outra pessoa, uma determinada expectativa. É, pois, a proibição da inesperada mudança de comportamento (vedação da incoerência) contradizendo uma conduta anterior adotada pela mesma pessoa, frustrando as expectativas de terceiros. Enfim, é a consagração de que ninguém pode se opor ao fato a que ele próprio deu causa[576].

Assim, a despeito da constatação de que a vedação do comportamento contraditório é uma modalidade de abuso do direito que surge da violação do princípio da confiança, decorrente da boa-fé objetiva[577], ainda assim, foi necessário recurso à segunda estância para reformar a sentença de primeiro grau, que havia julgado improcedente o pleito do Sr. Abel Souza Soares movido contra a administradora Pinheiro Empreendimentos Imobiliários Ldta e condená-la a indenização por danos materiais no importe de R$ 41.486,90 (quarenta e hum mil, quatrocentos e oitenta e seis reais e noventa centavos).

Conclui-se que, apesar da aparente fluidez do conceito da boa-fé objetiva e da conseqüente dificuldade de concretização da sua aplicabilidade no caso concreto, percebe-se cada vez mais nítida a participação da cláusula geral da boa-fé objetiva na solução de casos nos quais provavelmente a parte prejudicada haveria de se conformar com o pretexto de a contraparte estar no pleno exercício do seu direito potestativo.

O caso narrado reflete claramente como tem sido paulatinamente alcançada a evidente intenção do sistema privado em abrandar ao máximo o princípio do *pacta sunt servanda*, através da influência dos valores tipicamente públicos, tais como o dirigismo estatal, a função social e o solidarismo jurídico. E as mudanças se fizeram através da técnica legislativa das cláusulas gerais que, à primeira vista, podem gerar certa insegurança, mas que, em verdade, revelam-se extremamente úteis quando aplicadas com rigor e responsabilidade.

---

[576] Ibidem.
[577] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil**: parte geral. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

Com efeito, ao magistrado caberá a difícil tarefa de ponderar os interesses sociais e os particulares, sem privar da coragem necessária à efetiva implantação das normas constitucionais que impulsionaram a renovação do direito privado no ordenamento brasileiro. Wilson Jesus Pereira observa que serão as cláusulas gerais suas maiores aliadas no cumprimento da função de equilibrar os interesses particulares e sociais tutelados pelo ordenamento, e o artigo 187 "seu carro-chefe nessa tarefa árdua de contribuir para a construção de uma sociedade viável onde a coexistência é delimitada por interesses globais de subsistência, ordem e progresso[578].

De fato, é bem ampla a gama de hipóteses as quais o magistrado é remetido diante da cogência e mobilidade inerente à cláusula geral da boa-fé. Tanto é verdade que, através dela, lhe é facultado o recurso hermenêutico (artigo 113), integrativo do negócio jurídico através dos deveres anexos (artigo 422) ou restritivo de direitos subjetivos (artigo 187). Mais do que um modelo de conduta social e um padrão de comportamento por meio do qual cada um deve se ajustar ao padrão de comportamento esperado de uma pessoa leal e honesta, Nelson Rosenvald aponta para as "três cláusulas gerais da boa-fé":

> quando o magistrado seleciona certos fatos ou condutas socialmente aceitáveis para confrontá-las com um determinado padrão de boa-fé, encontrará consequências jurídicas múltiplas e, *a priori*, indeterminadas. Ao complementar a *fattispecie* e criar o direito justo, poderá censurar determinada conduta como abusiva, sancionando um negócio jurídico de forma *restritiva* (resolução ou invalidação), com ênfase no art. 187 do Código Civil; poderá ainda o juiz ampliar a relação obrigacional potencializando a confiança recíproca mediante a inserção de deveres de proteção, informação e cooperação, por intermédio da *regulação* propiciada pelo art. 422 do Código Civil; por fim, e fundamental, a boa-fé convida ao ingresso no Código Civil os princípios e direitos fundamentais da Constituição Federal, por meio dos já citados e do essencial art. 113 do Código Civil[579].

Frente à atuação multifuncional da cláusula geral da boa-fé, é de se concluir que, se bem aplicada, servirá de fundamento constitutivo para qualquer relação obrigacional, que deve ter como base primordial o ideal de cooperação, honestidade e retidão, mesmo não sendo as cláusulas gerais impositivas de comportamentos ou de sanções pelo seu descumprimento. Esta tarefa mantém-se reservada ao papel da boa-fé como princípio contratual.

O grande diferencial da cláusula geral da boa-fé objetiva é a sua característica intencionalmente aberta e vaga, que permite ampliação ou redução de seu conteúdo semântico, a depender da avaliação do intérprete diante do caso concreto. Definitivamente, já

---

[578] PEREIRA, Wilson Jesus. Elementos do abuso do direito e sua aplicação nos contratos. In: CASTILHO, Ricardo; TARTUCE, Flavio (coords.). **Direito Civil**: direito patrimonial e direito existencial. Estudos em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. São Paulo: Método, 2006, p.277.

[579] ROSENVALD, Nelson. **Dignidade da pessoa humana e o princípio da boa-fé no Código Civil.** Coleção Prof. Agostinho Alvim. São Paulo: Saraiva, 2007, p.167.

não tem mais lugar o argumento de que é arriscada a extensa liberdade conferida ao magistrado na solução do impasse contratual criado. É equivocado o pensamento de que a fluidez da cláusula geral da boa-fé causa insegurança jurídica em meio a uma série de incertezas já presentes no ordenamento. Há que se considerar, sobretudo diante de tantos argumentos contrários, que se trata de um recurso especialmente útil na árdua tarefa do magistrado de conjugar os interesses particulares com a aferição dos valores renovados pela atual Constituição Federal.

As renovadas hipóteses concretas em que o recurso da cláusula geral da boa-fé objetiva tem se revelado cada vez mais decisiva para a solução dos impasses jurídicos constituem a maior prova disto.

6 CONCLUSÕES

A partir da análise acerca da teoria do abuso do direito, sempre focada em uma perspectiva tendente a concentrar a atuação da boa-fé objetiva como critério o delimitador do instituto nas relações contratuais civis, resta então comprovada a necessidade de efetiva proteção às partes nas relações contratuais.

Sem temer qualquer redundância, à guisa de um desfecho, destaca-se a importância do contrato como eficiente instrumento jurídico na contemporaneidade. Assim, nos moldes da moderna teoria contratual, influenciada pelo princípio maior da Constituição Federal – dignidade da pessoa humana -, reafirmam-se as dimensões amazônicas do alcance do contrato nas mais distintas relações jurídicas celebradas cotidianamente, reputando-se imprescindível sua grande incidência no âmbito social, econômico e político da sociedade.

Foram apresentadas uma série de posições jurídicas e doutrinárias que indicaram a maneira como a atuação multifuncional da boa-fé objetiva, que atua inclusive como cláusula geral tendente a facilitar a atividade jurisdicional, pode contribuir como solução de impasses jurídicos dos mais instigantes. Verificou-se, sobretudo, o princípio da boa-fé como eficiente critério delimitador do ato abusivo praticado numa dada relação contratual.

Sugere-se, sobretudo neste espaço de conclusão acerca das reflexões sugeridas ao longo do texto, a compreensão dogmática do instituto do abuso do direito como o ato de natureza lícita, pois conforme às exigências formais da lei, mas que se revela abusivo quando o direito, exercido sem a devida regularidade, extrapola os limites éticos e sociais impostos legalmente, acarretando um resultado não desejado pelo ordenamento. Sobre a teoria do abuso do direito, destacam-se as seguintes conclusões:

a) a expressão foi utilizada pela primeira vez pelo autor belga Franz Laurent, que, ainda fase inicial do Código Civil francês, se dedicava a estudar as decisões judiciais prolatadas pelos tribunais franceses, de modo que assim ele passou a nominar as situações nas quais o tribunal reconhecia, na questão de fundo, a excelência do direito do réu, mas o condenava civilmente, perante as irregularidades no exercício daquele direito;

b) atribui-se a noção de abuso do abuso às origens do direito romano, época em que primeiro se percebeu a ocorrência, mesmo que tímida, do fenômeno de relativização dos direitos subjetivos, inclusive o direito de propriedade, que era exercido ilimitadamente. Naquele cenário, destacaram-se a *aemulatio*, a *exceptio doli* e as relações de vizinhança como as três áreas que influenciaram este fenômeno;

c) nada obstante não pertencer à França todo o mérito da criação da teoria do abuso do direito, é possível afirmar que a jurisprudência francesa foi o pilar do desenvolvimento e consagração da mesma que, por óbvio, não poderia ser resumida ao registro de algumas decisões contundentes, porém não solidificadas sobre o assunto, a exemplo do famoso caso de Clement Bayard, julgado em 1915 pela Corte de Amiens, considerado como o "divisor de águas" na trajetória evolutiva da teoria do abuso do direito, até a sua efetiva consagração;

d) em meio a grande quantidade de correntes teóricas que despontaram ao longo da história evolutiva da teoria do abuso do direito, destacam-se as inteligentes discussões travadas na França por Marcel Planiol, que insistia em negá-la por entender tratar-se de uma "logomaquia", e Louis Josserand, que assinalou a titularidade de um direito subjetivo, a sua utilização dos limites que lhe são traçados em lei e o respeito aos fins à se destina como a base estrutural do abuso do direito. Conclui-se, nesse sentido, pela extraordinária importância destas e das demais correntes filosóficas que cercaram a compreensão e conseqüente evolução da teoria do abuso do direito;

e) na discussão acerca da necessidade da presença do elemento volitivo manifestado na intenção maliciosa de prejudicar para configuração do ato abusivo, travou-se o confronto entre as teorias subjetiva e objetiva, eis que finalmente prevaleceu a teoria mista, tendo Jorge Americano como seu maior expoente na doutrina. Segundo esta teoria, sugere-se que se analise objetivamente a suposta conduta abusiva para, então, confrontá-la com aquilo que socialmente se espera de um homem médio. É merecida a atenção dada a esta passagem, principalmente se se levar em conta que recentemente, após o advento do Código Civil atual, o Conselho de Justiça Federal (Enunciado 37) adotou o critério objetivo-finalístico para efeito de configuração do ato abusivo, dispensando, portanto, o elemento subjetivo;

f) no Brasil, a teoria do abuso do direito ganhou guarida expressiva a partir do Código Civil de 2002, sob influência do direito europeu. Além de trazer expressamente a previsão do abuso do direito em seu artigo 187, este diploma civil também apontou para as consequências da prática de atos abusivos, a começar pela regra geral da responsabilidade civil (artigo 927) e dos mecanismos de revisão ou anulação dos negócios jurídicos prejudicados pela prática de uma conduta incompatível com os limites da boa-fé, dos fins socioeconômicos e dos bons costumes;

g) como se não bastassem todos os debates envolvendo o abuso do direito - seja quanto aos pressupostos para sua configuração, seja no tocante à dúvida acerca de sua própria existência como teoria jurídica – o referido instituto tornou-se alvo de séria discussão envolvendo sua natureza jurídica, no caso, ato ilícito ou categoria jurídica autônoma. Sobre isso, e considerando que os institutos não se distinguem pelos efeitos propriamente ditos, mas sim pelo elemento que efetivamente é violado quando da sua configuração, conclui-se que, mais do que uma contrariedade entre todas as opiniões expostas, entendemos que a equiparação do abuso à espécie de ato ilícito não exclui a sua autonomia dogmática como instituto de irrefutável relevância no ordenamento jurídico.

Assim, alcançadas as primeiras conclusões a respeito da teoria do abuso do direito e tudo mais que se relaciona à sua efetiva compreensão como instituto jurídico capaz de repercutir no âmbito das relações jurídicas em geral, resta relacioná-lo ao que se entende por teoria contratual contemporânea:

a) o legislador de 2002 sugeriu grandes mudanças no direito contratual, preferindo atrelar o contexto da nova legislação aos ideais de humanidade e solidariedade, consagrados pela Constituição de 1988, em substituição aos princípios corriqueiramente aplicados num passado recente, porém substancialmente diverso do contexto atual. A definição de contrato é revisada diante das alterações testemunhadas ao longo de sua evolução histórica, de modo que a noção inicial do instituto, antes entendida como um mero acordo de vontades, transforma-se em um verdadeiro vínculo de cooperação entre os pactuantes;

b) o princípio da dignidade da pessoa humana, amplamente prestigiado no texto constitucional, ao ser consagrado como fundamento marcante na transição do Estado Liberal para o Estado Social, dentre outras consequências, também promove o encontro dos princípios tradicionais secularmente consagrados na esfera privada com os mais novos princípios contratuais, a exemplo da boa-fé e da função social. De fato, os movimentos sociais levaram o antigo Estado Mínimo a tornar-se mais intervencionista, no caso, mais social, capaz de impedir a exploração e os abusos praticados pelos mais fortes sobre os economicamente mais fracos;

c) o Estado brasileiro assim o fez a partir da Constituição Federal de 1988, em reação ao contexto liberal de um passado próximo, solidificando o princípio da dignidade humana em sobreposição à autonomia da vontade. É justamente quando o contrato finalmente deixa de se apresentar como instrumento de exploração dos hipossuficientes pelos mais fortes economicamente;

d) percebe-se que a inserção dos princípios da socialidade, da eticidade e da operabilidade no Código Civil de 2002 favoreceu verdadeira reestruturação do direito privado como um todo. Assim, o resultado não poderia ter sido outro senão o afastamento definitivo do pensamento individualista que impregnava este grande ramo do direito à época da vigência do Código Civil de 1916 e a consequente absorção de um pensamento em favor do coletivo. Assim, os três pilares do direito privado – contrato, família e propriedade – vêem-se direcionados numa racionalidade baseada no princípio da dignidade humana em substituição da perspectiva historicamente pautada no lucro e no individualismo;

e) no mesmo passo em que o contrato passa a ser considerado instrumento jurídico dos mais importantes na sociedade contemporânea – senão o mais importante, pelo seu grau de produtividade – ele também se torna alvo de manobras ilícitas praticadas pelas partes entre si. Não é à toa que os ideais de solidariedade e humanidade, importados da Constituição Federal para promover a renovação do direito contratual, implicam na conclusão de que não somente merecem proteção o contrato e seus mecanismos de preservação do negócio, mas principalmente os próprios contratantes que, por vezes, carecem de proteção específica ao se lançarem numa relação contratual, depositando grandes expectativas na perfeita consecução dos interesses pretendidos;

f) considerando que os princípios contratuais ocupam lugar de destaque em toda e qualquer espécie de contrato, atuando como guias que orientam tanto as partes como os aplicadores do direito, conclui-se como esclarecedora a exposição dos princípios contratuais, clássicos e modernos, que foram subdivididos em liberais e sociais, para melhor visualização de suas tarefas diante da moderna teoria contratual:

f.1) entre os princípios liberais, destacaram-se o da autonomia da vontade, que pressupõe a liberdade que os indivíduos têm de convencionar livremente suas obrigações; o princípio da autonomia privada, que propôs uma releitura do anterior, no sentido de fixar os limites à liberdade contratual (lei, ordem pública, moral e bons costumes); e o da força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*), que obriga as partes a cumprirem as convenções do contrato em seus exatos contornos, mas que também foi relativizado diante da enorme transformação promovida pelo fenômeno da constitucionalização do direito civil. Ou seja, as obrigações contratuais continuam valendo, desde que em consonância com os novos princípios da boa-fé objetiva e da função social dos contratos, sob pena de revisão, invalidade ou anulação do negócio. A possibilidade de aplicação teoria da imprevisão e da revisão por onerosidade excessiva, mecanismos corolários do princípio da equivalência material são instrumentos úteis nesse sentido;

f.2) a função social dos contratos, a equivalência material e a boa-fé objetiva são os princípios sociais que sintomaticamente se destacam como os principais pilares do direito contratual contemporâneo. Viu-se, portanto, que falar em função social dos contratos implica em reconhecer que o contrato abandona o papel de realização da autonomia privada e da relatividade dos seus efeitos para desempenhar uma função social, levando a crer que o contrato passa a não bastar por si mesmo ao irradiar prioridades que transcendem aos interesses individuais. Também influenciado pelo espírito solidário idealizado pela nova perspectiva constitucional, destacou-se o princípio da equivalência material como fator de reequilíbrio das relações contratuais, na perseguição pela harmonia entre os interesses dos contratantes e pelo equilíbrio entre as prestações e contraprestações convencionadas;

f.3) sobre o assunto, também se esclareceu que a boa-fé sugere dois desdobramentos – quais sejam, subjetiva e objetiva – sendo que a primeira está relacionada ao aspecto psicológico do agente, exteriorizado na sua atuação convencido de que age devidamente amparado pelo direito, de modo que esta ignorância acaba por legitimar a sua conduta, livrando-o das consequências jurídicas que normalmente recairiam sobre um agente

consciente; diversamente, a acepção objetiva da boa-fé é caracterizada pela imposição de um dever de agir de forma honesta e leal, de acordo com os padrões de comportamento socialmente recomendados e esperados.

Outrossim, mereceu destaque em apartado o estudo acerca da boa-fé objetiva, por apresentar-se como o principal fundamento desta pesquisa. Sobre este princípio, vale o destaque de alguns aspectos já tratados:

a) a boa-fé objetiva não se sujeita a uma única definição em virtude da subjetividade e abstração em torno do seu conceito e conteúdo, mas é fora de dúvida a sua aplicabilidade – seja em maior ou menor grau – em todas as relações jurídicas, representando o valor da ética manifestado em condutas compatíveis com a lealdade, a honestidade e a retidão, e trazendo à reboque a realização da dignidade da pessoa humana no âmbito das relações contratuais;

b) historicamente, a noção de boa-fé teve sua gênese no direito romano (que se centralizava nas atitudes, e não nas regras que compõem o direito propriamente dito), quando a expressão *"fides*" aproximava-se do vocábulo "fé" e significava o respeito à palavra dada; posteriormente, no direito canônico, a boa-fé vinculava-se como um fundamento essencialmente moral, devendo a palavra dada ser cumprida de acordo como dever de materialização e concretização da vontade divina; mas foi na Europa, especialmente nas codificações francesa e alemã (posteriormente avançando nos demais países da Europa), que a noção até então abstrata da boa-fé se fez jurídica, apesar das dificuldades de concretização encontradas nestes sistemas jurídicos;

c) apesar de haver referência à positivação pioneira da boa-fé no Código Comercial de 1850 e em tímidas passagens no Código Civil de 1916, no Brasil, pode-se dizer que a boa-fé em seu aspecto puramente objetivo foi contemplada no Código de Defesa do Consumidor como instrumento eficiente de proteção ao consumidor vulnerável, para, posteriormente, consagrar-se como princípio contratual no diploma civil de 2002, obtendo grande notoriedade como elemento concretizador dos ideais éticos e solidários propostos pelo novo sistema constitucional;

d) em verdade, mesmo antes do Código Civil atual, no interstício observado entre o advento da Constituição Federal de 1988 e, especialmente após a publicação do CDC, já era possível se notar uma nova postura do direito privado, principalmente quando passou a se testemunhar o início da era dos estatutos. Assim, ainda que aos poucos, os valores éticos que se fizeram presentes no ordenamento começaram a influenciar os principais institutos civis, entre os quais, por óbvio, os contratos;

e) uma vez consagrada expressamente a boa-fé objetiva como princípio social contratual, consolidando-se como a concretização dos ideais humanitários importados da Constituição Federal para o atual Código Civil, também mereceu atenção o debate sobre o significado jurídico da boa-fé objetiva que, se por um lado atua como um princípio contratual, por outro, apresenta-se como uma cláusula geral com extrema capacidade de subsumir-se a uma diversidade de hipóteses concretas devido ao seu caráter extremamente flexível.

Concluiu-se, considerando o contexto da presente pesquisa, que, muito embora a boa-fé objetiva apresente-se inicialmente como um princípio contratual, devido à sua multifuncionalidade, esta também se apresenta ao sistema jurídico brasileiro como uma das cláusulas gerais dentre as que o legislador infraconstitucional optou por inserir no Código de 2002;

f) também ficou constatado que as funções do princípio da boa-fé obedecem a uma classificação tripartida em interpretativa, integrativa e restritiva que, por vezes, revelam-se indissociáveis na prática. Assim, do mesmo modo que a boa-fé objetiva auxilia o magistrado na interpretação e no julgamento do impasse contratual levado à juízo, ela também exige do contratante a adoção de uma postura reta, honesta e leal em todo e qualquer negócio (a exemplo do dever de informação, cuidado, cooperação, sigilo e assistência). Mas é a função restritiva deste princípio que mais se aproxima do instituto do abuso do direito, apresentando-se como técnica eficiente de coibição de práticas abusivas em descompasso com o que é exigido pelo ordenamento;

g) de fato, a função restritiva da boa-fé atua prontamente no controle e na identificação do abuso do direito nas relações contratuais, justamente por representar verdadeira limitação ao exercício regular dos direitos subjetivos, servindo também como parâmetro corretivo de condutas abusivas que por ventura venham prejudicar a perfeita execução da obrigação pactuada.

Assim, realizada a revisão do tema proposto em seus aspectos mais específicos, e alcançadas as conclusões estruturantes, incontestavelmente necessárias à absorção do conteúdo em debate, verifica-se a atuação da boa-fé objetiva como critério delimitador do abuso do direito na teoria contratual contemporânea, por diversas razões.

Ao revelar-se como um dos mais importantes princípios do Direito, cujo conteúdo varia de acordo com as circunstâncias da relação jurídica celebrada entre as partes, não resta dúvida de que andou bem o legislador de 2002 ao consagrar expressamente a cláusula geral da boa-fé como informadora das relações contratuais. Com efeito, a adoção, por parte do legislador, de cláusulas gerais (ou mesmo de conceitos jurídicos indeterminados) permitiu a abertura e promoveu a mobilidade do sistema jurídico em causa, o que é um dado positivo, por possibilitar maior celeridade na adaptação das normas jurídicas à mutação constante da sociedade, além de auxiliar o magistrado na solução de litígios dessa natureza.

É certo que, se há quem defenda com clareza as vantagens da adoção da inovadora técnica legislativa das cláusulas gerais, também não falta quem condene esta prática, por acreditar que o valor da segurança jurídica resta ameaçado diante de tamanho poder conferido ao juiz em sua atividade judicante. Contudo, pontue-se que, ao lado da possibilidade de afirmação definitiva deste ordenamento como exemplo de sistema jurídico voltado à preservação da ética, da solidariedade e da justiça contratual, conclui-se como inconsistente qualquer ameaça de comprometimento da segurança jurídica que, de fato, deve ser preservada em todos e qualquer ordenamento. Nesse sentido, ao intérprete-julgador caberá o desafio de resistir ao impulso de avaliar se determinada conduta realmente obedece aos

parâmetros informados pela boa-fé objetiva, evitando que uma aplicação preconceituosa deste conceito tão aberto fulmine as expectativas dos contratantes.

Com efeito, além de imprimir um espírito humanitário e social nas relações jurídicas em geral, a boa-fé objetiva também auxilia na identificação do ato abusivo, sem olvidar que esta também incide nas fases de formação, execução e conclusão do negócio. Tanto é verdade que o maior exemplo disso é a possibilidade de aplicação da teoria do *venire contra factum proprium*, segundo a qual se identifica o comportamento contraditório como uma modalidade de abuso do direito, manifestado na quebra da confiança depositada em legítimas expectativas criadas pelo comportamento do sujeito com quem se contrata. A consequência jurídica pode ser resolvida segundo as regras da responsabilidade civil extracontratual - portanto, desvinculando-se o valor indenizatório do valor maior do contrato – se for o caso de rompimento das tratativas. Também se falou na teoria do *tu quoque,* uma das modalidades mais importantes de abuso do direito, verificada quando uma parte surpreende a outra ao exigir a prática de determinada conduta, sem que esta tenha sido sequer exercida por ela.

Diante do exposto, vê-se com clareza que o critério que identifica – e, portanto, delimita – o ato abusivo é o da boa-fé objetiva, por sua incontestável capacidade de interpretação, controle e adaptação às mais variadas relações contratuais. Diferentemente dos demais critérios lembrados pela lei, o princípio da boa-fé inspira confiança na solução dos impasses jurídicos, seja pela padronização de um comportamento ético acima de tudo, seja como elemento de proteção à parte frágil no negócio, seja como fator de reequilíbrio das prestações, seja como fonte criadora de deveres laterais nos contratos, seja como critério hermenêutico de compreensão da real vontade dos contratantes, seja - por tudo isso – como verdadeiro limite nas relações contratuais, coibindo práticas abusivas que possam comprometer a perfeita execução do negócio e os interesses das partes, que, como sujeitos de direito, são pessoas dignas de proteção.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. **Código Civil - Bürgerliches Gesetzbuch**. Disponível em <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/bgb/gesamt.pdf> Acesso em 12 nov 2010.

AMARAL, Luiz Otávio de Oliveira. CDC: Um marco da pós-modernidade jurídica. *In*: **Direito em ação – Universidade Católica de Brasília**, v.1, n.1. Brasília: Universa, 2000, p.153.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

AMERICANO, Jorge. **Do abuso do direito no exercício da demanda.** 2. ed. São Paulo: Saraiva & CIA Editores, 1932.

ANDRADE NETO, Antonio Hamilton de Castro. Algumas considerações sobre a evolução do contrato e de sua função social. *In*: ARRUDA ALVIM, Angélica; CAMBLER, Everaldo Augusto (coords.). **Atualidades de Direito Civil**. v.1. Curitiba: Juruá, 2006.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Insuficiências, Deficiências e Desatualização do Projeto de Código Civil na Questão da Boa-Fé Objetiva. *In*: **Revista dos Tribunais**, n. 775. São Paulo: Revista dos Tribunais, maio 2000, p.11-17.

AZI, Camila Lemos. **O princípio da equivalência material das prestações no novo Código Civil**. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Salvador, 2004.

BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Recurso de Revista nº TST-RR-136800-12.2005.5.05.0611**. 5ª Turma. Ministra Relatora Desa. Kátia Magalhães Arruda. Brasília, 2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 437.607/PR**, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, Quarta Turma, julgado em 15/05/2007, DJ 04/06/2007, p.355.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *In*: **Vade Mecum**. São Paulo: Rideel, 2009.

_____. Código Civil brasileiro de 2002. *In*: **Vade Mecum**. São Paulo: Rideel, 2009.

_____. Código de Defesa do Consumidor. *In*: **Vade Mecum**. São Paulo: Rideel, 2009.

_____. **Código Civil brasileiro de 1916**. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em 14 nov 2010.

_____. **Código Comercial brasileiro de 1850**. Disponível em <www.planalto.gov.br> Acesso em 14 nov 2010.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada**. Coleção Agostinho Alvim. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. Reconstrução do direito privado: do clássico ao atual. *In*: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (coords.). **Direito Contratual**: temas atuais. São Paulo: Método, 2007.

BORGES, Thiago. **Boa-fé nos contratos**: entre a fonte e a solução do caso concreto. Revista do Curso de Direito da Unifacs. Porto Alegre: Síntese, v.6, 2006, p.117.

BRAGA, Paula Sarno. **Aplicação do devido processo legal nas relações privadas**. Salvador: Jus Podivm, 2008.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOURREL, Édouard; LEROLLE, Michel; RÉAU, Roger; RONDEPIERRE, Jean. **Petit dictionnaire de droit**. Paris: Libraire Dalloz, 1951.

BRITO, Andréa Carvalho de. A função restritiva do princípio da boa-fé objetiva: uma limitação ao exercício regular dos direitos subjetivos. *In*: **Revista Baiana de Direito**, v. 04, jul/dez, Salvador: JusPodivm, 2009, p.163.

CAENEGAN, R.C. Von. **Uma introdução histórica ao Direito Privado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Trad. Carlos Eduardo Lima Machado.

CARPENA, Heloisa. Abuso do direito no Código de 2002: relativização de direitos na ótica civil-constitucional. *In*: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **A parte geral do Código Civil**: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 377.

CARVALHO NETO, Inácio de. **Abuso do Direito**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2005.

CASSETTARI, Cristiano. A função social da obrigação: uma aproximação na perspectiva civil constitucional. *In*: CASTILHO, Ricardo; TARTUCE, Flavio (coords.). **Direito Civil**: direito patrimonial e direito existencial. Estudos em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. São Paulo: Método, 2006.

CAVALIEIRI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. v.1. São Paulo: Saraiva, 2003.

COELHO, Luiz Eduardo de Toledo. Os direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana às relações privadas. *In*: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, ano 17, n. 67, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

CUNHA, Alexandre dos Santos. Dignidade da pessoa humana: conceito fundamental do direito civil. *In*: COSTA, Judith Martins. **Reconstrução do Direito Privado:** reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002a, p.230.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional.** Salvador: JusPodivm, 2009.

DANTAS, San Tiago. **Programa e direito civil:** teoria geral. 3.ed. (Obra taquigrafada por Victor Bourhis Jurgens). Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DANTAS JUNIOR, Aldemiro Rezende. **Teoria dos atos próprios e boa-fé objetiva**.

Curitiba: Juruá, 2002.

DEBS, Newman de Faria. Algumas reflexões sobre o princípio jurídico da boa-fé no mundo contemporâneo. *In*: CASTILHO, Ricardo; TARTUCE, Flavio (coords.). **Direito Civil**: direito patrimonial e direito existencial. Estudos em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. São Paulo: Método, 2006, p.249.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Multa coercitiva, boa-fé processual e supressio: aplicação do *Duty to Mitigate the Loss* no processo civil. *In*: **Revista Magister de Direito Civil e Processo Civil**, ano VI, vol.32, Porto Alegre: Magister Editora, 2009, p.32.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: obrigações contratuais e extracontratuais. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Código Civil anotado**. 11. ed. Revisada, aumentada e atualizada de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2005.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Apelação Cível 20080110291268**, Relator Des. Sérgio Bittencourt, 4ª Turma Cível, julgado em 08/07/2009, DJ 27/07/2009, p.138.

DUGUIT, León. **Fundamentos do direito.** Tradução de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1996.

DUARTE, Ronnie Preuss. A boa-fé e o abuso de direito no Código Civil Brasileiro. In: **Revista Direito Mackenzie**. ano 4. n.2. São Paulo: Editora Mackenzie, 2003, p.153.

EDUARDO, Luiz Bussata. Princípio da conservação dos contratos. *In*: CASTILHO, Ricardo; TARTUCE, Flavio (coords.). **Direito Civil**: direito patrimonial e direito existencial. Estudos em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. São Paulo: Método, 2006, p.147.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos Fundamentais, Dignidade da Pessoa Humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. *In*: SARLET, Ingo. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direitos Privados**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003, p.87.

FACCHINNI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: livraria do advogado, 2003.

FARIA; Juliana Cordeiro de; THEODORO JUNIOR, Humberto. Contrato. Interpretação. Princípio da boa-fé. Teoria do Ato Próprio ou da Vedação do comportamento contraditório. *In*: Revista IOB de Direito Civil e Processo Civil, v.9, n. 54, Porto Alegre: Síntese, 2008, p.33.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil**: parte geral. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

_____. **Direito das obrigações**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

FEYERABEND, Paul Karl. **Contra o método**. Trad. de Cezar Augusto Mortari. São Paulo: UNESP, 2007.

FRANÇA. **Código Civil - Code Civil des Français**. Disponível em <www.assemblee-nationale.fr/evenements/code-civil/cc1804-l3t03.pdf> Acesso em 12 nov 2010.

FREITAS, Augusto Teixeira de. **Consolidação das leis civis**. v.1, Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003 (Coleção História do Direito Brasileiro. Direito Civil).

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**: contratos, tomo 1, teoria geral. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Novo curso de Direito Civil**: parte geral. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GAMA, Guilherme Nogueira da; PEREIRA, Paulo Queiroz. Função Social do Contrato. *In*: GAMA, Guilherme Nogueira da. (coord.). **Direito Civil:** Aspectos sociais I. São Paulo: Atlas, 2007.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social dos contratos e os novos princípios contratuais**. (Coleção Agostinho Alvim). São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. **Contratos**. Atualizado por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 12. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

ITÁLIA. **Código Civil – Codice Civile**. Disponível em <http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/codciv/Lib4.htm> Acesso em 12 nov 2010.

JORDÃO, Eduardo. **Repensando a teoria do abuso de direito**. Salvador: JusPodivm, 2006.

JOSSERAND, Louis. **De l'abus des droits**. Paris: Dalloz, 1927.

KRUSCHEWSKY, Eugênio. **Teoria Geral dos Contratos Civis**. Salvador: JusPodivm, 2006.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEWICKI, Bruno. Panorama da boa-fé objetiva. In: TEPEDINO, Gustavo. **Problemas de Direito civil-constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.55.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Do contrato no Estado Social**: crise e transformações. Maceió: Edufal, 1983.

_____. **Princípios sociais dos contratos no CDC e no novo Código Civil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n.55. Disponível em <http://jus.uol.com.br/revista/texto/2796> Acesso em 17 jan.2011.

_____. Constitucionalização do Direito Civil. In: FIÚZA, César; FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Direito Civil**: atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

LOPES, Miguel Maria Serpa. **Curso de Direito Civil – fontes de obrigações**: contratos. 4. ed. Revisada e atualizada por José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Bastos, 1991.

LORENZETI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito Privado**. Trad. Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Contratos no novo Código Civil**: teoria geral e contratos em espécie. 2. ed. São Paulo: Editora Método, 2004.

LOURENÇO, Shandor Portella. O abuso de direito e a função de controle da boa-fé objetiva. *In*: **Revista da AGU**, ano VII, n. 17, Brasília, 2008, p.230.

LOTUFO, Renan. **Código Civil Comentado**: parte geral (arts. 1º a 232). 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

LUNA, Everardo Cunha da. **Abuso do Direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARTINS, Flaudemir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana**: princípio constitucional fundamental. Curitiba: Juruá, 2003.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado:** sistema e tópica no direito obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

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

_____. A boa-fé como modelo (uma aplicação da teoria dos modelos de Miguel Reale). *In*: BRANCO, Gerson; MARTINS-COSTA, Judith. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 187.

_____. **Autonomia privada, confiança e boa-fé**. Revista Baiana de Direito. nº4. jul/dez. Salvador, 2009.

MARTINS, Pedro Baptista. **Abuso do direito e ato ilícito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1941.

MATTIETO, Leonardo. O direito civil-constitucional e a nova teoria dos contratos. *In*: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Problemas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. Função Social e Relatividade do contrato: um contraste entre princípios. *In*: AIQUEL, Luiz Antônio Duarte; PAIXÃO, Marco Antônio C. **Revista Jurídica**, ano 54, n. 342. Editora Fonte do Direito, 2006.

MAZZEI, Rodrigo. Apresentação: Notas iniciais à leitura do novo Código Civil. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (Coords.). **Comentários ao Código Civil Brasileiro**: parte geral (arts.1º a 103). Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MEIRELES, Edilton. **Abuso do direito na relação de emprego**. São Paulo: LTr, 2004.

MELLO, Adriana Mandim Theodoro de Mello. **A função social do contrato e o princípio da boa-fé no Código Civil Brasileiro**. Disponível em <www.robertotexto.com/.../artigos>. Acesso em 14 nov 2010.

MELO, Diogo L. Machado de. **Cláusulas contratuais gerais**: contratos de adesão, cláusulas abusivas e o código civil de 2002. Coleção Agostinho Alvim. São Paulo: Saraiva, 2008.

MELO, Marcos Bernardes de. **Teoria do negócio jurídico**: plano de validade. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **Tratado de Direito Civil Português**: parte geral. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

_____. **Da boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2007.

MIRANDA, Andréa Paula Matos Rodrigues de. **A boa-fé objetiva nas relações de consumo**, 2003. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Salvador.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**: obrigações. 28.ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. **Curso de Direito Civil:** parte geral. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MOTA, Wagner. **Teoria dos atos próprios:** esboço de uma teoria do comportamento contraditório aplicada ao direito. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Salvador, 2006.

NALIN, Paulo. A função social do contrato no futuro Código Civil brasileiro. In: Nelson Nery Junior (coord.). **Revista de Direito Privado**. Ano 03. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Autonomia privada na legalidade constitucional. In: NALIN, Paulo (org.). **Autonomia privada na legalidade constitucional**. Contrato e sociedade. Volume III. Curitiba: Juruá Editora, 2006.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria Geral do contrato**: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NERY JUNIOR. Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Anotado e Legislação extravagante.** 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

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

PADOIN, Fabiana Fachineto. **Os direitos fundamentais nas relações contratuais**. Porto Alegre: Nuria Fabris Editora, 2009.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Esboçando uma teoria geral dos contratos**. Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br/artigos/artigos_498.html> Acesso em 17 jan 2011.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PEREIRA, Wilson Jesus. Elementos do abuso do direito e sua aplicação nos contratos. *In*: CASTILHO, Ricardo; TARTUCE, Flavio (coords.). **Direito Civil**: direito patrimonial e direito existencial. Estudos em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. São Paulo: Método, 2006, p.263.

PEREIRA, Caio Mário da Silva Pereira. **Instituições de Direito Civil**. v.1. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Abuso do direito e as relações contratuais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PITHAN, Lívia Haygert. **A proteção da dignidade humana nos contratos através da sua o objetivação e da confiança**. *In*: Direito & Justiça: Revista da Faculdade de Direito da

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. v.32. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006.

REALE, Miguel. A boa-fé na execução dos contratos. In: REALE, Miguel. **Questões de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 1997, p.21.

_____. **Lições preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Filosofia do Direito**. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Função Social do contrato**. Disponível em: <www.miguelreale.com.br/artigos/funscont.htm> Acesso em: 13 ago 2008.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 591028295, 5ª Câm. Cível. Relator: Des. Ruy Rosado de Aguiar Junior. Porto Alegre, 06 jun.1991. *In*: **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, v.154, ano XXVII, 1992, p.378-382.

ROCHA, Maria Vital da. Considerações sobre o alcance da expressão da autonomia da vontade na atualidade. *In*: PINTO, Agerson Tabosa (org.). **A autonomia da vontade e as condições gerais do contrato:** de Roma ao Direito Atual. Fortaleza: Unifor, 2003, p.571.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil:** Parte Geral. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. **Direito Civil**: Contratos. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ROSENVALD, Nelson. **Direito das obrigações**. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

_____. **Dignidade da pessoa humana e o princípio da boa-fé no Código Civil.** Coleção Prof. Agostinho Alvim. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. A função social do contarato. In: TARTUCE, Flávio; HIONAKA, Giselda (cords). **Direito Contratual – temas atuais**. São Paulo: Método, 2007.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social ou princípios do direito político**. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Editora Martin Claret, 2004.

SÁ, Fernando Cunha de. **Abuso do direito**. Coimbra: Almedina, 1999.

SANTIAGO, Mariana Ribeiro. **O princípio da função social do contrato**. Curitiba: Juruá, 2005.

SANTOS, Eduardo Sens do. O Novo Código Civil e as cláusulas gerais: exame da função social dos contratos. *In*: NERY JUNIOR, Nelson (coord.). **Revista de Direito Privado**. Ed. Revista dos Tribunais, ano 03, 2002, p.9.

SANTOS, Leonardo Vieira dos. **Breves notas sobre a responsabilidade civil por abuso de direito no Brasil.** In: Teses da Faculdade Baiana de Direito. v. 2. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2010.

SANTOS, Romualdo Baptista dos Santos. Princípios sociais contratuais: autonomia privada, função social e boa-fé objetiva. In: CASTILHO, Ricardo; TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: direito patrimonial e direito existencial (homenagem a Giselda Hironaka). São Paulo: Saraiva, 2006.

SARAIVA, Vicente de Paulo. O abuso do direito. In: **Direito em Ação. Universidade Católica de Brasília**, v.1, n. 1, Brasília: Universa, 2000, p.147.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

SCHOMER NETO, Luiz Jorge. A função social dos contratos: uma visão civil-constitucional. *In*: **Revista da Universidade de Cuiabá**, n.1, Cuiabá: Edunic, 1999.

SCHEREIBER, Anderson. **A proibição do comportamento contraditório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. A boa-fé objetiva e o adimplemento substancial. *In*: CASTILHO, Ricardo; TARTUCE, Flavio (coords.). **Direito Civil**: direito patrimonial e direito existencial. Estudos em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. São Paulo: Método, 2006, p.125.

SIDOU, J. M. Othon. **Dicionário jurídico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

SILVA, Clóvis Couto e. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. *In*: FRADERA, Vera Maria Jacob de (org). **O direito privado na visão de Clóvis Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

SILVA, Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 16. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SILVEIRA, Carlos Alberto de Arruda. **Contratos**. 2. ed. Leme: Editora de Direito, 1999.

SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes de**. Abuso de direito processual**: uma teoria pragmática. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**: doutrina e jurisprudência. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. A técnica da representação e os novos princípios contratuais. In: **Revista Forense**, v. 36, São Paulo: Forense, 2006, p.117.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil:** Parte Geral. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

VICENZI, Brunela Viera de. **A boa-fé no processo civil**. São Paulo: Atlas, 2003.

WALD, Arnoldo. O princípio da confiança. In: **Revista Forense**, v. 386. São Paulo: Forense, 2006, 17.

WARAT, Luis Alberto. **Abuso del derecho y lagunas de la ley**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1969.

WIEACKER, Fraz. **El principio general de La buena Fe**. Tradución de José Luis Carro. Prólogo de Luis Diez-Picazo. Madrid: Editorial Civitas SA, 1977.

ZAJARKIEWICCH, Daniel Fernando Bondarenco. Reflexões sobre a dignidade da pessoa humana. *In*: **Revista de Direito Privado**, ano 10, n.38, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.