



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO

LEONARDO DIAS DA SILVA TELLES

A BOA-FÉ OBJETIVA NOS CONTRATOS BENÉFICOS

Salvador
2011

LEONARDO DIAS DA SILVA TELLES

A BOA-FÉ OBJETIVA NOS CONTRATOS BENÉFICOS

Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Washington Luiz da Trindade

Salvador
2011

TERMO DE APROVAÇÃO

LEONARDO DIAS DA SILVA TELLES

A BOA-FÉ OBJETIVA NOS CONTRATOS BENÉFICOS

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

Orientador: Professor Doutor Washington Luiz da Trindade
Professor Livre-docente em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal
da Bahia

1º Examinador: Professora Doutora Roxana Cardoso Brasileiro Borges
Professora da Universidade Federal da Bahia
Doutora em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de
São Paulo

2º Examinador: Professor Doutor Nelson Mannrich
Professor Livre-docente da Universidade de São Paulo
Membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho

Salvador

2011

A

Meus pais, pelo que eu sou.

Marianna, por dar foma e colorido aos meus conteúdos.

João Paulo, Carolina e Catarina, sentidos da minha vida.

AGRADECIMENTOS

A João, meu pai, exemplo de advogado ético e competente, com quem aprendo a enfrentar os desafios da vida, sempre com a mão estendida, que incentivou a continuidade do meu projeto acadêmico.

A Kátia, minha mãe, com o seu amor infinito, dedicada a todo instante, incansável no cuidado com o filho, com o coração aberto e repleto de carinho, que sabe de mim pelo olhar.

A Marianna, meu amor, do sorriso mais lindo, companheira de todas as horas, solidária em todos os momentos do Mestrado, que vibra por mim e com quem quero partilhar o resto de minha vida.

A João Paulo, Carolina e Catarina (ainda por vir), filhos que sonhei, pelas alegrias e força para prosseguir no nosso caminho.

Ao meu orientador e Mestre Washington Trindade, pela grandeza, exemplo de vida acadêmica, sempre disponível para me ajudar em tudo que não sei ou penso que sei.

Aos meus professores e colegas de Mestrado, pelo comprometimento, convívio estimulante e amizade.

Aos meus colegas de escritório (J.C.L.), pelo apoio nas ausências durante o curso do Mestrado.

A Romélio Aquino, Renato Barros e a Elisa Gradin, pelas revisões e incentivo.

A todos os meus familiares e amigos que de diversas formas estão ao meu lado para o que der e vier.

RESUMO

Esta dissertação tem como objeto de estudo a disciplina jurídica da boa-fé objetiva e sua aplicabilidade nos contratos benéficos. A partir da noção de Direito como sistema autopoietico, o trabalho analisa o fenômeno obrigacional na perspectiva de processo, em confronto com os componentes ideológicos que permeiam a teoria dos contratos. Na ótica dinâmica, é destacada a técnica da cláusula geral, observada a sua importância na abertura do sistema jurídico. A boa-fé é analisada inicialmente através de considerações históricas, com base nas quais é feita abordagem conceitual, em linha distintiva da vertente subjetiva, com destaque para as diversas funções do instituto. A responsabilidade pré-contratual é delimitada com ênfase nos principais deveres dela decorrentes. A boa-fé objetiva é focada como fator de dinamismo do vínculo obrigacional e elemento catalisador de valores e princípios constitucionais, centralizados no princípio da dignidade humana. Fixados tais contornos, os contratos benéficos são examinados de forma crítica, tendo em vista regra legal que limita a incidência da cláusula geral da boa-fé objetiva a essa espécie contratual, prevista no artigo 392 do Código Civil. A responsabilidade civil desdobrada da referida regra é tratada diante do contexto evolutivo do instituto, pontuados os seus atuais contornos. O fenômeno da antinomia jurídica é analisado no âmbito da teoria dos sistemas e são apontadas novas possibilidades de solução hermenêutica para os conflitos. A aplicabilidade da boa-fé objetiva nos contratos benéficos é então verificada, a partir das premissas e proposições contidas no trabalho. Diante de tal quadro, é constatada a antinomia jurídica entre as regras contidas nos artigos 392 e 421 do Código Civil e proposta solução para o conflito, considerado o sistema autopoietico e suas características.

Palavras chave: Boa-fé; Responsabilidade Civil; Contratos Benéficos; Antinomia.

ABSTRACT

This dissertation aims to study the discipline of the legal moral harassment in the employment relationship, focusing on aspects configured, and in its repair. This work searches, initially, to bring some considerations about the civil and constitutional perspectives of human dignity, based on the concept brought by Kant. It also examines the labor law as a tool that preserves the dignity in the face of conflict of interest in the work environment. In this scenario, the moral harassment in the workplace is to be understood as a social phenomenon that affects, directly, the dignity of the worker and therefore need a deeper analysis for lack of specific federal laws on the subject. For the construction of this legal discipline on bullying, this work enters in its aspects configured, based on analysis of existing concepts in doctrine and in jurisprudence. Moreover, it was mister to check the presence of common elements in all cases of moral harassment. Aiming at still more its particularization, the diverse modalities of this phenomenon had been displayed, as well as told attitudes that, although to present certain similitude, do not configure the moral harassment. Other issues addressed relate to the effects of moral harassment on four perspectives, namely, of the harassed employee, of the harasser employee, of the employers and of the community. It also made a parallel of the French legislation with the Brazilian reality, because this law was a pioneer in the world. About the aspects configured, it was necessary to inform that, initially, it appeared as concern of this study to bring the general lines concerning the civil liability. Also, it tried to highlight the particularities of the evidence of bullying, showing a preferential position on the presumption against shifting the burden of proof. Finally, this work treated the policy of prevention and fight against this phenomenon.

Keywords: Moral harassment; aspects configured; Civil Liability.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO I – SISTEMA JURÍDICO	14
1.1. SISTEMA AUTOPOIÉTICO.....	14
1.2. DIREITO COMO SISTEMA AUTOPOIÉTICO	17
1.3. SISTEMA JURÍDICO E AS TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO PRIVADO.....	21
1.4. O PARADIGMA DA ALEMANHA	30
1.5. A CLÁUSULA GERAL DA BOA-FÉ E A ABERTURA DO SISTEMA JURÍDICO	32
1.6. CONSEQUÊNCIAS NÃO INOCENTES	34
CAPÍTULO II - A OBRIGAÇÃO NA PERSPECTIVA DE PROCESSO	39
2.1. TOTALIDADE CONCRETA.....	39
2.2. DO ABSTRATO PARA O CONCRETO NO DIREITO OBRIGACIONAL.....	42
2.3. A QUEM INTERESSOU O MODELO ESTÁTICO.....	46
2.4. A PERSPECTIVA DINÂMICA DO VÍNCULO OBRIGACIONAL	48
CAPÍTULO III – CLÁUSULAS GERAIS	52
3.1. DELINEAMENTOS INICIAIS.....	52
3.2. PROPOSTAS CONCEITUAIS.....	58
3.3. DISTINÇÃO DA CLÁUSULA GERAL NA COMUNIDADE EUROPÉIA	61
3.4. CLASSIFICAÇÃO.....	62
3.5. FUNÇÃO DA CLÁUSULA GERAL NO AMBIENTE AUTOPOIÉTICO E GLOBALIZADO	63
3.6. A CLÁUSULA GERAL DA BOA-FÉ OBJETIVA NO SISTEMA AUTOPOIÉTICO DO DIREITO	67
3.7. RISCOS.....	68
CAPÍTULO IV – CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS SOBRE A BOA-FÉ	70
4.1. DIREITO ROMANO.....	70
4.2. DIREITO CANÔNICO.....	74
4.3. DIREITO ALEMÃO	75
4.4. OUTRAS REFERÊNCIAS NO DIREITO COMPARADO	80
4.4.1. Direito francês	80
4.4.2. Direito italiano.....	81
4.4.3. Direito brasileiro	83
4.4.3.1. Importância da obra de Teixeira de Freitas	83

4.4.3.2. O Código Civil de 1916 e a posterior evolução da boa-fé objetiva	85
CAPÍTULO V – A BOA-FÉ OBJETIVA	90
5.1. CONCEITO	90
5.2. DISTINÇÃO DA BOA-FÉ SUBJETIVA	92
5.3. FUNÇÕES DA BOA-FÉ OBJETIVA	93
5.3.1. Função hermenêutico-integrativa	94
5.3.2. Função de criação de deveres jurídicos	96
5.3.3. Função de limitação do exercício de direitos subjetivos	98
5.3.3.1. <i>Venire contra factum proprium</i>	99
5.3.3.2. <i>Tuo quoque</i>	102
5.3.3.2. <i>Supressio e surrectio</i>	103
5.4. BOA-FÉ OBJETIVA E ABUSO DE DIREITO	104
CAPÍTULO VI – BOA-FÉ E RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL	107
6.1. DELIMITAÇÃO E VOLUÇÃO	107
6.2. PRINCIPAIS DEVERES DE CONDUTA NA FASE PRÉ-NEGOCIAL	111
6.2.1. Dever de informação	111
6.2.2. Deveres de cooperação e de lealdade	113
6.2.3. Dever de sigilo	114
6.3. FUNÇÃO DA RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL SOB A ÓTICA DA TEORIA DOS SISTEMAS	115
CAPÍTULO VII - A BOA-FÉ OBJETIVA COMO FATOR DE DINAMISMO DO VÍNCULO OBRIGACIONAL	118
7.1. ELEMENTO DE TRANSFORMAÇÃO	118
7.2. HARMONIZAÇÃO DE VALORES E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	120
7.3. FATOR DE ABERTURA DO SISTEMA	121
CAPÍTULO VIII - DIGNIDADE HUMANA E BOA-FÉ	123
8.1. A INTERPENETRAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA NA ESFERA DO DIREITO PRIVADO	123
8.2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA	125
8.3. NOTAS CONCEITUAIS	129
8.4. COEXISTÊNCIA DE INTERESSES E PONDERAÇÃO	130
8.5. NOVAS POSSIBILIDADES	134
CAPÍTULO IX – CONTRATOS BENÉFICOS	139

9.1. CONSIDERAÇÕES GERAIS E CRÍTICAS SOBRE AS CLASSIFICAÇÕES DOS CONTRATOS.....	139
9.2. NOTAS CONCEITUAIS.....	141
9.3. CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS DA DISTINÇÃO NO ORDENAMENTO	144
CAPÍTULO X – RESPONSABILIDADE CIVIL NOS CONTRATOS BENÉFICOS ...	147
10.1. A RESPONSABILIDADE CIVIL E A EVOLUÇÃO DO DIREITO PRIVADO ...	147
10.2. ATUAIS PRINCÍPIOS INFORMADORES DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO E NOVOS PARADIGMAS	150
10.3. NOVOS CONTORNOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL	152
10.4. A REGRA DO ARTIGO 392 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002.....	153
CAPÍTULO XI - ANTINOMIA JURÍDICA	156
11.1. CONCEITO	156
11.2. CLASSIFICAÇÃO.....	159
11.3. TÉCNICAS PARA A SOLUÇÃO DO CONFLITO	160
11.4. NOVAS ALTERNATIVAS	162
11.5. SOLUÇÃO HERMENÊUTICA PARA ANTINOMIAS NO CÓDIGO CIVIL DE 2002	164
CAPÍTULO XII – BOA-FÉ OBJETIVA NOS CONTRATOS BENÉFICOS.....	168
12.1. CONTRATOS BENÉFICOS NA PERSPECTIVA DINÂMICA.....	168
12.2. CONTRATOS BENÉFICOS E DEVERES ACESSÓRIOS	172
12.3. FUNÇÃO HERMENÊUTICO-INTEGRATIVA NOS CONTRATOS BENÉFICOS	174
12.4. LIMITES AO EXERCÍCIO DE DIREITOS NOS CONTRATOS BENÉFICOS .	175
12.5. <i>VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM</i> NOS CONTRATOS BENÉFICOS	176
12.6. ABUSO DE DIREITO NOS CONTRATOS BENÉFICOS.....	177
12.7. RESPONSABILIDADE CIVIL PRÉ-CONTRATUAL NOS CONTRATOS BENÉFICOS.....	178
12.8. BOA-FÉ OBJETIVA NOS CONTRATOS BENÉFICOS	180
CAPÍTULO XIII – SOLUÇÃO PARA A ANTINOMIA DA CLÁUSULA GERAL DA BOA-FÉ OBJETIVA COM A REGRA DO ARTIGO 392 DO CÓDIGO CIVIL	183
13.1. RESPOSTAS INSATISFATÓRIAS.....	183
13.2. PROPOSIÇÃO DE SOLUÇÃO.....	184
CAPÍTULO XIV – CONCLUSÃO	188
REFERÊNCIAS.....	196

INTRODUÇÃO

O conceito de contrato foi, e continua a ser, utilizado com uma função ideológica. Ideologia entendida como instrumento de deformação de uma realidade, com a finalidade de prestigiar certos interesses.

As teorias construídas em torno do contrato em regra não traduzem os reais significados desse fenômeno. Não raro, foram usadas para a transmissão de uma imagem deliberadamente deformada da realidade.

Mas as ideologias partem de uma realidade e com ela de certa forma estão conectadas. Para interferência num dado contexto histórico e social, as ideologias não podem estar completamente alheias às realidades que influenciam. Com a ideologia dos contratos não é diferente.

Na época liberal, a ideologia do contrato entronizou a liberdade formal, com a remissão do indivíduo à igualdade perante a lei e contribuiu para a evolução de uma sociedade antes estruturada pelo *status*. Mas ocultou a impossibilidade dessa liberdade abstrata ser traduzida em conquistas reais de igualdade. Na época do denominado Estado Social, a evolução social para outro degrau mais aberto e dinâmico, com formulações jurídicas que almejam igualdade substancial, dissimula desigualdades reais.

A aplicação do princípio da boa-fé objetiva nos contratos benéficos reflete o sentido da denominada objetivação dos contratos em geral, inerente à complexidade social e ao estágio atual do desenvolvimento econômico. Nesse contexto, o viés objetivo contribui para o sistema jurídico com aparente melhoria de estabilidade e continuidade das relações contratuais. Por conseguinte, atende à pretensão de desenvolvimento econômico do sistema dominante, às crescentes demandas globais e de massa. O sistema jurídico repele parâmetros subjetivos de controles sociais, e abre o espectro referencial para as condições objetivas do meio envolvente.

O contrato numa sociedade complexa e global atende a demandas de massa e, com isso, propositadamente, distancia-se da esfera subjetiva dos contratantes. O reino da autonomia absoluta da vontade individual é parte do passado. Sucumbiu por ser fechado e incapaz de acompanhar a dinâmica contemporânea das relações sociais e econômicas. O modelo contratual pautado em critérios objetivos, ao contrário, dinamiza o sistema jurídico e serve ao consumo em escala mundial.

O presente trabalho se propõe a analisar a boa-fé objetiva em perspectiva crítica. A partir da premissa do Direito como sistema autopoiético, a boa-fé objetiva é associada às transformações sociais, políticas e econômicas. Ao lado dos aspectos técnicos inerentes à compreensão desse princípio jurídico, o trabalho formula proposições para a questão de ser a boa-fé fator ou produto das transformações verificadas no direito privado.

O contrato é instrumento essencial ao sistema capitalista e realiza os interesses da classe dominante. O estudo da boa-fé objetiva não pode ser apartado desses juízos críticos. A importância e o relevo desse instituto não podem implicar na aceitação acrítica da teoria contratual que lhe dá sustentação.

O princípio da boa-fé objetiva qualifica e remete à noção de comportamento leal e de dever de colaboração entre as partes, ligadas por um vínculo obrigacional. Esses valores de conduta mostram-se muito claros nos contratos denominados bilaterais, sinalagmáticos ou de prestações correlatas.

É nesse campo do sinalagma que as normas de lealdade e de colaboração entre as partes se mostram mais nítidas. Na reciprocidade das condutas, há campo de excelência para a aplicação da boa-fé objetiva, na mitigação da autonomia plena da vontade, para torná-la funcional aos princípios constitucionais que valorizam a pessoa humana, sempre em relação ao outro.

Na função interpretativa dos contratos ou na função de norma de comportamento, a exigência da boa-fé se intensifica nos negócios jurídicos de deveres recíprocos, que resultam no compromisso positivo de colaboração e no negativo de não perturbação, na lógica da sociabilidade humana. Mas no âmbito dos contratos benéficos com

finalidade lícita, que em regra originam proveito para apenas uma das partes, surge o problema da medida de aplicação desse princípio da boa-fé, especialmente em relação ao contratante a quem o contrato não favoreça.

Nos contratos classificados como benéficos ou gratuitos, em que só uma das partes obtém proveito, desafia a questão da reciprocidade das condutas, da dialética do processo de formação da vontade, no momento pré-contratual, no instante da conclusão e na execução do contrato.

O artigo 392 do Código Civil dispõe que, nos contratos benéficos, responde por culpa o contratante a quem o contrato aproveite, e só por dolo aquele a quem não favoreça. O dolo permanece como pressuposto subjetivo da responsabilidade do contratante a quem o ajuste não aproveita. Diante dessa vinculação da responsabilidade civil ao dolo, como situar o princípio da boa-fé objetiva em relação a quem o contrato benéfico não favorece?

Nessa linha, importa elucidar situação interna de conflito entre o princípio geral da boa-fé objetiva, previsto no artigo 422 do Código Civil de 2002, e a manutenção do requisito subjetivo do dolo para configuração, nos contratos benéficos, da responsabilidade civil de quem o contrato não favorece, nos termos do artigo 392 do mesmo diploma legal.

A tendência de objetivação dos contratos e da responsabilidade civil contratual será confrontada com a permanência do modelo subjetivo para tipo de relação jurídica marcada pela liberalidade de uma das partes. Neste contraponto, serão analisadas razões dessa aparente antinomia jurídica.

Para tanto, foi feita revisão bibliográfica, de literatura nacional e estrangeira, com reflexões críticas sobre textos de lei, análise de direito comparado, indicando e fundamentando divergências axiológicas.

Este trabalho procura indicar meio de solução da referida antinomia, no contexto do atual ordenamento jurídico brasileiro.

CAPÍTULO I – SISTEMA JURÍDICO

A boa-fé objetiva deve ser compreendida como causa ou efeito das transformações pelas quais atravessou e vem atravessando o direito privado?

A resposta a essa indagação, numa primeira etapa, impõe a observação de que o estudo da boa-fé objetiva não pode ser dissociado da análise das profundas transformações que atingiram o direito privado, especialmente nos dois últimos séculos. Produto cultural, o fenômeno jurídico precisa ser contextualizado a partir de determinantes históricas, sociais, políticas e econômicas.

As normas jurídicas formam um sistema autorreferencial que se relaciona com os demais sistemas sociais. Apesar de suas unidades funcionais, o sistema jurídico interage com os demais sistemas da sociedade que pretende regular: influencia e é influenciado por elementos exógenos. A questão é analisar de que forma isso ocorre; ou, ao menos, como deveria ocorrer.

1.1. SISTEMA AUTOPOIÉTICO

Adota-se, neste trabalho, a concepção de sistema jurídico desenvolvida por Niklas Luhmann.¹ Falar de sociedade é falar de sistema, de ordem social. Perguntar sobre as razões de ser de uma sociedade equivale a indagar algo que repetidamente aparece no pensamento de Luhmann: como é possível a ordem social?² A razão de ser da sociedade como algo histórico, emergente e mutável traduz o seguinte paradoxo: a impossibilidade de resolução do problema é condição de evolução das soluções possíveis.

Na obra de Luhmann a manutenção da ordem social é analisada a partir de dois conceitos fundamentais: complexidade e dupla contingência. O ser humano,

¹ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I e II*. Trad. bras. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

² AMADO, Juan Antonio Garcia. *La Filosofía Del Derecho de Habermas y Luhmann*. Serie de Teoria Jurídica y Filosofía Del Derecho. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006, n.5, p. 103.

segundo o autor, *“vive em um mundo constituído sensorialmente, cuja relevância não é inequivocamente definida através de seu organismo”*.³

Esse ambiente apresenta, ao ser humano, diversas possibilidades de experiências e ações, em contraposição ao seu limitado potencial. A partir dessa premissa, Luhmann define: a) complexidade é um maior número de possibilidades do que aquilo que se pode realizar; e b) contingência é o fato de que as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas. Portanto, na contingência essas possibilidades podem ser enganosas por referir-se a algo inexistente, intangível, ou que se perde. E assim arremata que, em termos práticos: *“complexidade significa seleção forçada, e contingência significa perigo de desapontamento e necessidade de assumir-se riscos”*.⁴

Por complexidade, assim, é designado o campo ilimitado dos denominados *“mundos possíveis”* ou, por outras palavras, um mundo de possibilidades que não é um mundo real. A transformação desse mundo de possibilidades em algo possível exige uma redução de complexidade e, neste momento, passa a haver sociedade. A redução da complexidade é, portanto, um processo social permanente e, ao mesmo tempo, fomento de desenvolvimento dos sistemas sociais. Contingente, por sua vez, é aquilo que não é necessário nem impossível, apenas meramente possível. No momento em que dois indivíduos entram em contato com esse marco, cada um receberá essa contingência, tanto para si como em relação ao outro.

Configurados tais elementos, delinea Luhmann: *“Sobre essa situação existencial desenvolvem-se estruturas correspondentes de assimilação da experiência, que absorvem e controlam o duplo problema da complexidade e da contingência”*.⁵

O sistema social aparece, então, no momento em que um evento entrelaça esses indivíduos, através de seus sentidos de compartilhamento e posse, mediante

³ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I...* op. cit., p. 45.

⁴ Ibid., p. 46.

⁵ Ibid., p. 46.

processo de comunicação. Os elementos constitutivos de uma sociedade são comunicações, porque a comunicação é o instrumento possível para o processo seletivo de redução de complexidade e de superação da dupla contingência. Comunicação é meio de processamento de seleções. A sociedade, enquanto formada por comunicações (elemento que não é o seu único componente formativo, mas que a diferencia), se estrutura como um sistema fechado.

Esse primeiro nível de organização social em um sistema se desdobra, na medida em que se fazem necessárias sucessivas reduções do possível, do que resulta a noção de sociedade em subsistemas. Autênticos e autônomos, esses subsistemas não deixam de ser parte do sistema social global. Cada um deles permite tratamento mais setorial e reduzido da complexidade do todo. Tais subsistemas são constituídos a partir da base comunicativa e, portanto, se comunicam entre si. Usam dessa comunicação para suas operações e autorreprodução.

A formação da identidade de um subsistema reside na sua capacidade de estabelecer restrições a esse processo de comunicação com os demais subsistemas, de forma a diferenciar comunicação interna (do próprio subsistema), daquilo que lhe é exógeno, o que ocorre através da utilização de esquemas binários (exemplo do lícito/ilícito no subsistema jurídico).

A capacidade de constituição, portanto, é diretamente ligada à capacidade de delimitação. A diferenciação entre elementos internos e externos é que possibilita a autorreferência de cada subsistema. Do ponto de vista sociológico, a autorreferência é um resultado da diferenciação evolutiva dos sistemas.

É com esses elementos que surge o conceito de autopoiese dos sistemas. Autorreferencial ou autopoietico é aquele sistema que produz por si mesmo como unidade tudo o que usa como unidade. Desse modo, são capazes de produzir elementos através de seus próprios elementos. Aquilo que é produzido, por sua vez, também identifica o próprio sistema como unidade.

Diz Garcia Amado que *“la reproducción autopoietica de los sistemas no es, por tanto, repetición idêntica de lo mismo, sino recriación constante de nuevos elementos ligados a los anteriores”*.⁶

Embora a autopoiese do sistema represente a possibilidade de autoconstituição continuada, através de suas próprias operações, não é possível uma autorreferência pura, nem isolamento total dos demais. Cada sistema precisa se reproduzir com o meio externo. O sistema existe de forma independente se é capaz de regulamentar sua própria função, entretanto dele também se exige capacidade de processamento de comportamentos exteriores, com atribuição de valor positivo ou negativo de interferência. Ocorre uma admissão seletiva de informação. É neste momento que a perspectiva da autorreferência deve funcionar e o faz por esquemas binários de checagem (negação ou afirmação). Nesse sentido, o sistema jurídico qualifica o fato ou ato jurídico a partir do critério da legalidade, aferida a partir de elementos internos do ordenamento jurídico. Assim se conecta um sistema com os demais.

A sociedade aparece então concebida como *“um sistema autopoietico de comunicação, ou seja, um sistema caracterizado pela organização autorreprodutiva e circular de actos de comunicação”*.⁷ Essa concepção implicou em importante mudança de paradigma na sociologia, com a quebra da dicotomia clássica entre sistema aberto e sistema fechado.

1.2. DIREITO COMO SISTEMA AUTOPOIÉTICO

A teoria dos sistemas autopoieticos despertou relevante interesse na Ciência do Direito, em sintonia com transformações sociais, políticas e econômicas, fragmentadoras das estruturas sobre as quais o sistema jurídico fechado foi assentado.

⁶ AMADO, Juan Antonio Garcia. *La Filosofía Del Derecho...* op. cit., p. 133.

⁷ ANTUNES, José Engrácia. Prefácio. In: TEUBNER, Gunther. *O direito como um sistema autopoietico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. XIII.

No que toca ao sistema jurídico, retoma-se a noção da dupla expectativa, sendo o direito a estabilização contrafática de expectativas de comportamento. Assevera Luhmann: *“Sendo assim, o direito tem que ser visto como uma estrutura cujos limites e cujas formas de seleção são definidos pelo sistema social”*.⁸ O Direito torna-se estruturalmente imprescindível, *“porque sem a generalização congruente de expectativas comportamentais normativas os homens não podem orientar-se entre si, não podem esperar suas expectativas”*.⁹

Depois da teoria da autopoiese social de Luhmann, a obra de Gunter Teubner¹⁰ é de fundamental importância para a compreensão de uma nova dimensão do Direito. Para Gunter Teubner, o Direito constitui um sistema autopoietico de segundo grau, *“autonomizando-se em face da sociedade, enquanto sistema autopoietico de primeiro grau, graças à constituição auto-referencial dos seus próprios componentes sistêmicos e à articulação destes num hiperciclo”*.¹¹

Com tal conceito, baseado na identificação de relações circulares no sistema jurídico, a noção de autorreferência passa a ocupar posição central, explicada a partir de uma base comunicativa. O Direito é concebido como um sistema autorreferencial e autorreprodutivo de atos de comunicação específicos (atos jurídicos). O sistema é assim constituído por elementos próprios, que se autorreproduzem, a partir de um código binário específico (legal/ilegal). O Direito é um diálogo entre o legal e o ilegal. A partir do binómio legal/ilegal, o Direito se regenera.

É inegável que essa teoria tem forte impacto sobre questões de elevada indagação na Ciência do Direito, especialmente para os problemas do seu fundamento e da sua autonomia. Com relação aos fundamentos do Direito, afasta a possibilidade de um Direito Natural ou de qualquer origem exterior ao próprio sistema. Com relação

⁸ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I...* op. cit., p. 170.

⁹ Ibid., p. 170.

¹⁰ TEUBNER, Gunther. *O direito como um sistema autopoietico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

¹¹ Ibid., p. 53.

ao aspecto da autonomia, soluciona o problema do fundamento último da racionalidade jurídica (existente na teoria kelseniana), com o destaque da circularidade e da autorreferência do Direito.

O Direito passa a ser compreendido como um sistema de comunicação normativa, que reproduz a si mesmo e qualifica juridicamente as comunicações possíveis. Os elementos comunicativos, simultaneamente, se articulam entre si e se autorreproduzem a partir do binômio legal/ilegal. O Direito, desse modo, deixa de ser apenas regra, norma ou valor.

Mas a autonomia do sistema jurídico não exclui a interdependência deste com os demais subsistemas sociais. A questão é de reinterpretação dessa relação interdependente. As interferências externas existem, são ao mesmo tempo inevitáveis e indispensáveis; mas elas somente adquirem validade jurídica após passar pela seleção do código binário legal/ilegal, interno e próprio do Direito. As interferências intersistêmicas ocorrem por meio dos processos comunicativos.

Se orientado pela teoria dos sistemas, o Direito é estruturado para criar normas a partir de si mesmo; e ao mesmo tempo para lidar com interferências de outros sistemas sociais por meio de mecanismos que tanto acolhem quanto repelem elementos novos ou recriados.

Para Marcelo Neves: *“O direito constitui, em outras palavras, um sistema normativamente fechado, mas cognitivamente aberto”*.¹² A qualidade cognitiva serve à coordenação desse processo com o ambiente do sistema. O fechamento normativo impede a confusão entre sistema jurídico e seu ambiente, exige a *“digitalização”* interna de informações provenientes do ambiente. Nessa linha de pensamento, o fechamento autorreferencial ou a normatividade para o sistema jurídico, não é a finalidade em si do sistema, mas sim a condição de sua abertura.

¹² NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 2ª Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p. 136.

As interferências entre os subsistemas sociais, no entanto, não devem ocorrer com a submissão do sistema jurídico ao poder político ou econômico. Segundo tal modelo teórico, é fundamental a existência de um mecanismo de defesa do sistema jurídico, que lhe atribua autonomia e autocontrole. Nesse sentido, *“a diferenciação do direito na sociedade moderna pode ser interpretada como controle do código-diferença “lícito-ilícito” por um sistema funcional para isso especializado”*.¹³

Dentro do sistema jurídico, a Constituição é colocada como subsistema, dotado da capacidade de realizar o acoplamento estrutural entre política e Direito, por via de prestações recíprocas ou mecanismos de interpenetração. Desta maneira, propõe-se uma solução jurídica para o problema da autorreferência do sistema político e uma solução política para o problema da autorreferência do sistema jurídico: *“a Constituição apresenta-se então como mecanismo de interpenetração e interferência entre dois sistemas sociais autopoieticos, possibilitando-lhes, ao mesmo tempo, autonomia recíproca”*.¹⁴ Portanto, diferencia-se o Direito moderno com a criação de um mecanismo próprio, capaz de filtrar essas interferências dos outros sistemas, forte o suficiente para aceitar as contribuições ao sistema jurídico, em aspectos de inovação ou de aperfeiçoamento, e de esbarrar as intromissões indevidas.

Os sistemas sociais possuem códigos binários que mediatizam essas interferências externas. No caso do sistema jurídico, o código binário *“lícito-ilícito”*, modernamente é aplicado através das Constituições. Nos sistemas jurídicos estruturados sob a égide de Constituições agasalhadoras de valores e princípios, a elas se atribui a missão de mediação, de diálogo e de autoproteção.

As interferências entre os sistemas são inerentes a qualquer corpo. No corpo social, elas são necessárias ao desenvolvimento, equilíbrio e convivência dos órgãos que o compõem, desde que preservado o equilíbrio do mecanismo de controle dessas interferências. A eventual deficiência desse mecanismo implica em conseqüências nefastas para o equilíbrio entre os sistemas.

¹³ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica...* op. cit., p. 135.

¹⁴ Ibid., p. 148.

Na medida em que a sociedade evolui, desafia o fechamento normativo do sistema e exige-se mais da capacidade cognitiva do direito contemporâneo.

A partir dessas premissas, consolida-se o direito como um sistema autopoietico, dotado de autorreferência e de capacidade cognitiva, em movimento de fechamento e de abertura, indispensáveis à sua sobrevivência.

Ocorre, todavia, a possibilidade de desequilíbrio do sistema, quando esses elementos de controle são anulados ou mitigados, de modo a deixá-lo mais permeável às interferências dos outros sistemas sociais, especialmente o político e o social. É a denominada hipertrofia dos demais sistemas sobre o sistema jurídico, tornando-o subalterno. Com essa hipertrofia, os interesses econômicos e políticos de ocasião intercedem com tamanha força sobre o sistema jurídico, que pouco ou nada mais é filtrado ou repellido. O Direito escancara-se para as ideologias dominantes.

A hipertrofia dos elementos ideológicos no sistema jurídico cria uma cruel distorção: o sistema perde sua autorreferência e, portanto, a sua autonomia operacional. Disso resulta perda de concretização normativa e, mais do que isso, essa anomalia exerce função político-ideológica. No campo ideológico, ocorre a transmissão de *“um modelo cuja realização só seria possível sob condições totalmente diversas”*.¹⁵ É aquilo que se denomina de legislação simbólica.

1.3. SISTEMA JURÍDICO E AS TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO PRIVADO

A história do direito privado é marcada por diversos exemplos de hipertrofias ideológicas, entre as quais oscilaram a dicotomia entre o direito público e o direito privado. Necessário o exame das causas e das conseqüências decorrentes dessas oscilações.

¹⁵ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica...* op. cit., p. 98.

Num recorte metodológico compatível com o objetivo deste trabalho, essa dicotomia passa a ser analisada a partir da era das grandes codificações napoleônicas, em particular o *Code Civil des Français*, promulgado em 1804. Interessa para o estudo da boa-fé objetiva o contraponto entre esse período de mudanças, com suas importantes medidas ideológicas, inspiradas na Revolução Francesa de 1789, e a evolução para o direito privado contemporâneo, do denominado Estado Social.

Ao tratar das origens do direito privado contemporâneo, R. C. van Caenegem destaca que o golpe de Estado de 18 brumário (9 de novembro de 1799) marcou o começo do regime napoleônico, o restabelecimento da lei marcial e o fim da mais turbulenta década da história francesa.¹⁶ Napoleão pretendia fornecer à nação uma compilação de códigos: era necessário dar um fim à incerteza jurídica que pairava através do uso de códigos universalmente válidos.

Dentre outros efeitos práticos, a Revolução Francesa causou impacto na administração da justiça, democratizando-a, e gerou a abolição das faculdades de Direito em 1793 (até 1804 não há registro de abertura de novas escolas). Para enfrentar esse quadro, Napoleão empenhou-se em introduzir uma legislação efetiva na França, o que foi concretizado através da promulgação dos códigos, ao nome dele vinculados, dada a carga de participação pessoal no processo.

Apesar de sua fonte imediata ter sido o direito comum francês, o *Code civil* incorporou diversos princípios da Revolução e do Iluminismo, com o reconhecimento de princípios fundamentais. O Código Civil passou a assegurar princípios fundamentais, dentre eles a tolerância religiosa; exoneração da propriedade territorial, “*agora isentos das taxas impostas pelo sistema feudal e pelos direitos eclesiásticos das dízimas; e a liberdade de contrato, agora muito mais ampla do que o ancien regime*”.¹⁷

¹⁶ CAENEGEM, R. C. van. *Uma introdução histórica ao Direito Privado*. Tradução Carlos Eduardo Lima Machado. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 5.

¹⁷ *Ibid.*, p. 10.

Os ideais revolucionários liberais apoiaram-se, assim, nos paradigmas modernos. A defesa incondicional do direito de propriedade, desenvolvida no bojo da teoria do título válido, é, por exemplo, encontrada em Locke: *“embora a terra e todas as criaturas inferiores sejam comuns a todos os homens, cada um tem a propriedade da sua pessoa: ninguém mais além dele tem direito a ela”*.¹⁸

A concepção embrionária da força obrigatória dos contratos pode ser lida em Hobbes: *“por outro lado, numa condição civil, em que existe um poder estabelecido para abrigar aqueles que, do contrário, violariam a confiança, semelhante temor não é mais razoável”* e, por essa razão, *“aquele que de acordo com o pacto, deve cumprir sua parte, em primeiro lugar é obrigado a fazê-lo”*.¹⁹

A bandeira da liberdade remete ao conceito de liberdade jurídica em Kant: *“o direito é, portanto, o conjunto das condições, por meio das quais o arbítrio de um pode harmonizar-se com o arbítrio de outro, segundo uma lei universal da liberdade”*.²⁰

Os ideais liberais, com tais inspirações, demandaram um novo Direito, não apenas garantidor da propriedade, mas de mecanismos de acumulação de riquezas, de expansão das relações comerciais e dos lucros nelas almejados.

Esse período, não por acaso, é caracterizado pela intensa dicotomia entre o direito privado e o direito público. Este passou a ser compreendido como a esfera de regulamentação do Estado, de estruturação do poder público e de disciplina do seu funcionamento. À esfera do privado, noutro passo, sob a bandeira da liberdade, igualdade e fraternidade, reservou-se o pleno espaço da regulamentação das relações entre particulares no mundo econômico.

¹⁸ LOCKE. Tratado sobre o governo. In: MAFFETTONE, Sebastiano; VECA, Salvatore [orgs.]. *A idéia de justiça de Platão a Rawls*. Tradução Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 130.

¹⁹ HOBBS. Leviatã. In: MAFFETTONE, Sebastiano, VECA, Salvatore [orgs.]. *A idéia de justiça de Platão a Rawls*. Traduzido por Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 106.

²⁰ KANT. A metafísica dos costumes. In: MAFFETTONE, Sebastiano; VECA, Salvatore [orgs.]. *A idéia de justiça de Platão a Rawls*. Tradução por Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 212.

A clara separação entre o público e o privado é destacada por Roxana Borges, ao observar que na época do Estado liberal, com o objetivo de reduzir os abusos do absolutismo, a distinção entre direito público e direito privado tornou-se nítida e de grande importância. Com isso se procurou delimitar ao máximo os espaços de intervenção do Estado e os espaços de atuação privada, e assim: “*a divisão entre esses dois ramos era fundamental para a organização do direito, do Estado e da sociedade*”.²¹

A partir da ruptura simbolizada pela Revolução Francesa, o direito privado torna-se também burguês, no sentido de que “*o direito privado passa a espelhar a ideologia, os anseios e as necessidades da classe socioeconômica que havia conquistado o poder em praticamente todos os Estados ocidentais*”.²²

Portanto, para a formação desse Estado Moderno, marcado pela ascensão da burguesia como classe dominante, a regulação da vida dos particulares sem a interferência estatal foi marca característica do ordenamento jurídico e dos códigos hegemônicos. Com esses códigos pretendeu-se a regulamentação de todo o âmbito jurídico. A separação do privado em relação ao público conduziu ao fechamento do sistema, com elevação do valor do individualismo, da possibilidade de o indivíduo decidir livremente, sem a batuta do Estado.

A separação entre público e privado tornou a economia um campo infenso à intervenção estatal, “*competindo ao Estado tão-somente proteger a acumulação de riquezas, operada espontaneamente pelas forças econômicas da sociedade*”.²³

²¹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 74.

²² FACCHINI NETO, Luiz Edson. 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, Cap. 3, 2006, p. 19-20.

²³ SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: SARMENTO, Daniel [org.]. *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 36.

No conteúdo, essa regulação primou pela prioridade axiológica do privado, com garantia absoluta da autonomia privada e respectiva liberdade contratual; do direito absoluto de propriedade e diversas formas de aquisição; da administração da propriedade pelo chefe de família; e os meios de sua transmissão. A liberdade contratual, o direito absoluto de propriedade e a família subordinada ao poder do marido e pai foram os elementos estruturantes do ordenamento jurídico liberal.

Num recorte para o Brasil, ao refletir sobre as raízes históricas do nosso Código Civil, Orlando Gomes analisa que o diploma civil de 1916 foi obra de homens da classe média, que o elaboraram com a preocupação de dar ao país “*um sistema de normas de Direito privado que correspondesse às aspirações de uma sociedade interessada em afirmar a excelência do regime capitalista de produção*”.²⁴ No caso brasileiro, observa ainda o referido autor que a elaboração do Código Civil foi marcada por um desajustamento interno da classe dominante, em razão da sociedade da época ainda estar presa a uma estrutura agrária arcaica. E conclui com a verificação, “*na evolução legislativa do Direito privado brasileiro*”²⁵, de um inegável descompasso entre o Direito escrito e a realidade social.

No geral, aquela liberdade propagada pela classe burguesa era meramente formal. O que em verdade se pretendia, com a defesa do indivíduo, era a consolidação da liberdade econômica, apenas real para os poucos detentores do poder econômico. Não era o indivíduo em si que se pretendia preservar, mas sim a imposição de uma barreira à interferência estatal. A ideologia liberal desenvolveu a relevante concepção de Estado de Direito, redutor da soberania do Estado e do qual decorre o princípio da legalidade.

A ideologia jurídica desse período foi baseada nas pretensões de completude, clareza e coerência. O sistema jurídico serviu para que a classe ascendente não vivenciasse os riscos das incertezas e dos conflitos normativos. O fechamento na suposta perfeição resultou na redução do papel do Poder Judiciário. Mero aplicador

²⁴ GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 30-31.

²⁵ *Ibid.*, p. 45.

da norma ao caso concreto, ao juiz foi reservada apenas a tarefa de subsunção, de localização da regra certa para o caso *sub judice*.

Desse contexto surgiu o positivismo jurídico que veio a influenciar a Escola Exegética dominante durante todo o século XIX.

Numa correlação com a teoria dos sistemas, o sistema liberal manteve fortemente a ideologia burguesa, numa evidente hipertrofia do sistema econômico e político sobre o jurídico. O sistema jurídico liberal foi implementado sem as condições sociais que permitissem a sua concretização.

O fechamento do sistema, em verdade, foi apenas para as influências de outras classes que não a burguesa. Foi consequência de uma ideologia e não fator de preservação do sistema. Não se pretendeu a autorreferência do sistema, mas a perda de referências anteriores, indesejáveis ao nível de segurança jurídica almejado. O discurso do fechamento encerrou a falácia burguesa, sob o manto de valores não substanciais.

Nessa era das codificações, amputou-se a capacidade cognitiva do sistema jurídico. O proposital isolamento afastou qualquer mecanismo de interferência ou de diálogo com os outros sistemas sociais. A distância, entretanto, foi a medida do descompasso entre o direito e a realidade social. A igualdade e a liberdade formais eram inalcançáveis por aqueles que não detinham os meios de produção capitalistas, e os efeitos perversos dessa exclusão não tardaram a acontecer.

Ao falar sobre a queda do liberalismo, assevera Eric Hobsbawm que o século XX multiplicou as ocasiões em que se tornava essencial aos governos governar. Por conseguinte, o “*Estado-guarda-noturno’ das piadas políticas, tornou-se tão obsoleto quanto o ‘guarda-noturno’ que inspirou as metáforas*”.²⁶

²⁶ HOBBSAWM, Eric. *Era dos extremos: o breve século XX*. Tradução Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 142.

As distorções no meio social geraram abismos perigosos para a estratégia de dominação social do projeto burguês. A exclusão social e seus efeitos foram agravados com os traumas do fascismo e do nazismo, com ápice na Segunda Guerra Mundial. A perplexidade com os horrores nela praticados tornaram a sociedade demandante de respostas mais concretas. O sistema jurídico não poderia mais manter-se isolado. A perspectiva formal dos direitos ruiu diante das exigências de respostas substanciais. A separação do direito de privado e a preponderância sobre o interesse público, que tanto marcaram a era liberal, mostraram sinais de falência.

Os valores da Era Liberal entraram em colapso. A desconfiança nos governos gerou o anseio pela proclamação de um conjunto de direitos e liberdades universalmente aceitos e capazes de guiar o Estado e a sociedade pela preocupação com o Homem. A Organização das Nações Unidas e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, respectivamente nos anos de 1945 e 1948, cristalizam esse movimento.

A necessidade de controle social novamente moveu o sistema jurídico, desta feita para uma fase de abertura, caracterizada pelo constitucionalismo social, com maior intervencionismo estatal. O espaço reservado à plena liberdade individual passou a sofrer regulamentações estatais. Mecanismos de controle da atividade econômica passaram a direcionar os particulares, e a autonomia privada se transformou na possibilidade de o indivíduo exercer liberdade contratual relativa, conforme parâmetros estabelecidos pelo sistema jurídico.

Por conseguinte, no denominado “*Welfare State*”, a dimensão pública da vida humana passou a ser priorizada, com crescente intervenção estatal.

Essa intervenção do Estado ocorreu através de intensa inflação legislativa, do que resultou o fenômeno da “*descodificação*” e a “*explosão do Código produziu inflacionamento da ordem jurídica, semelhante ao sistema planetário*”.²⁷ Foram criados microssistemas jurídicos que, assim como os “*planetas, giram com*

²⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 44.

*autonomia própria, sua vida é independente; o Código é como o sol, ilumina-os, colabora em suas vidas, mas já não pode incidir diretamente sobre eles”.*²⁸

A intervenção estatal relativizou a proteção das liberdades privadas. A abstenção estatal cedeu espaço e o Estado passou a se apresentar de forma propositiva, com a missão protetora dos menos favorecidos.

Com o advento do *Welfare State* no século XX, submetido a diversas pressões sociais, inclusive pelas demandas das classes subalternas, em razão da universalização do direito de voto, o Poder Público, “*de mero espectador, vai convertendo-se em protagonista das relações econômicas, passando a discipliná-las de forma cogente, através da multiplicação de normas de ordem pública, que se impõem diante da vontade das partes*”.²⁹

Esse movimento em favor do denominado Estado Social, entretanto, se deteriorou na medida em que a pretensa intervenção estatal se mostrou ineficiente e incapaz de resolver a questão central da exclusão social. Menos que resultados concretos, o Estado Social acarretou a hipertrofia das estruturas de governo, com o agigantamento das estruturas de poder e o aparelhamento do Estado. Com as evidências do aprofundamento das desconfianças nas promessas do Estado Social, acrescido do ocaso dos regimes socialistas, simbolizado pela queda do muro de Berlim, as expectativas se reverteram.

Diante desse ceticismo, o Estado procurou a sua modernização e eficiência através de “*métodos e lógicas quase sempre associadas às empresas privadas, ou então transferir a elas a execução de tarefas tradicionalmente encaradas como públicas*”.³⁰

O processo de privatização da economia se implementou e a participação do Estado foi reduzida significativamente, na segunda metade do Século XX, ambos

²⁸ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito...* op. cit., p. 44.

²⁹ SARMENTO, Daniel. *Interesses públicos...* op. cit., p. 39.

³⁰ *Ibid.*, p. 42.

acelerados pelo fenômeno da globalização. O fenômeno da globalização também fragilizou o Estado, mitigado na sua soberania pela voracidade de atuação do capital transnacional.

A perda de controle estatal, no contexto da globalização, revelou-se não apenas na produção legislativa (com a crescente regulação privada dos interesses econômicos), mas também na jurisdição (com o incremento dos processos de arbitragem ou mediação, inclusive no âmbito internacional).

À ineficiência do Estado foram acrescidos problemas fiscais expressos nos desequilíbrios nas contas públicas, em razão da concessão de benefícios sociais e previdenciários para uma parte da população que perdeu sua capacidade produtiva. Em reação a esse estado de coisas, recrudescer movimento para redução do Estado e dos benefícios sociais.

O processo de redução do formato e da participação do Estado acentuou as carências e distorções sociais, sobretudo com o contraponto da veloz e perversa concentração de renda provocada pelo capital transnacional. Com esse agravamento, retomou-se a preocupação com os direitos humanos, em caráter universal, que deu origem a Constituições que incorporaram valores fundamentais, imperativos a todos aqueles integrantes do corpo social. Mudaram as relações entre os cidadãos e o Estado, pelo modo e conteúdo com que os direitos fundamentais são refletidos no direito privado.

A crise verificada com o descompasso existente entre os conceitos essenciais do Direito Civil melhor se deve definir como “*uma crise de paradigmas*”.³¹ No decorrer do Século XX, com a promulgação das Constituições dos Estados democráticos, os princípios fundamentais do Direito Privado, em países como o Brasil (de tradição romana-germânica), passaram a integrar os textos constitucionais. Daí a advertência

³¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang [org.]. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 108.

*acerca do “papel central que a pessoa humana, a partir da normativa constitucional, havia adquirido. A imprescindibilidade de reconstrução e a revalorização de seus princípios gerais tornavam-se evidentes”.*³²

Mais recentemente, no segundo semestre de 2008, o mundo assistiu a outra crise econômica global, com a deterioração da economia americana e risco sistêmico. A ampla liberdade dada aos mercados e a omissão do Estado no exercício da fiscalização geraram deformações no sistema financeiro global, alavancado em bases irrealistas, através de operações sem lastro. O risco sistêmico e suas nefastas consequências demandaram intervenção estatal no sistema financeiro, inicialmente nos Estados Unidos e em seguida em países da Europa. Essa intervenção representou novo movimento pendular, desta feita com a estatização de ativos privados e regulamentação mais rígida do controle do Estado sobre os agentes econômicos.

Portanto, os movimentos em direção ao direito privado (com maior liberdade aos agentes privados), ou em direção ao direito público (com maior interferência estatal), variam de acordo com os interesses econômicos. No sistema capitalista de produção, esses interesses buscam sempre a autoproteção.

Nesse movimento pendular, o que atualmente caracteriza o Direito Privado é o fenômeno da constitucionalização, marcado pela incidência dos direitos fundamentais sobre as relações entre os particulares.

1.4. O PARADIGMA DA ALEMANHA

A influência dos direitos fundamentais nas relações privadas teve seu marco no direito alemão. Na retrospectiva do constitucionalismo moderno, a Alemanha destacou-se como o primeiro país de tradição continental a preservar os denominados direitos fundamentais, tanto de agressões do Poder Público como dos próprios particulares.

³² MORAES, Maria Celina Bodin de. *O conceito de dignidade humana...* op. cit., .p. 109.

Emblemático, o “caso *Lüth*” marcou a história desse moderno constitucionalismo alemão. Em 1950, foi julgado pelo Tribunal Constitucional Alemão recurso constitucional interposto por Erich Lüth, então presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, contra decisão do tribunal cível que lhe proibiu de se manifestar sobre determinado filme, com fundamento em conduta tipificada como de incitação ao boicote e contrária à moral e bons costumes. A sentença foi reformada pelo Tribunal, tendo em vista o direito fundamental à liberdade de expressão, previsto no artigo 5º da Lei Fundamental.

A importância desse julgamento é realçada por Claus-Wilhelm Canaris, quando enfatiza que o Tribunal Constitucional Federal, no referido caso, pela primeira vez entendeu “*que a Lei Fundamental erigiu na seção referente aos direitos fundamentais uma ordem objetiva de valores [...], que deve valer enquanto decisão fundamental de âmbito constitucional para todas as áreas do direito*”.³³ Por conseguinte, o sistema de valores dos direitos fundamentais “*também influi no Direito Civil, e nenhuma prescrição juscivilista pode estar em contradição com ele, devendo cada qual ser interpretada à luz do seu espírito*”.³⁴

Destaca ainda o autor outro *leading case* do Tribunal Constitucional Alemão sobre a influência dos direitos fundamentais.³⁵ Tratou-se de recurso no qual foi discutida a responsabilidade de fiador, sob o prisma da liberdade de contratar. Inobstante o comprometimento do patrimônio familiar e rendimentos do obrigado, insuficientes até mesmo para amortização parcial dos juros, a decisão das instâncias ordinárias mantiveram a fiança, sob o argumento de que a liberdade de contratar permitiria também a assunção de obrigações perigosas.

A Corte Constitucional viu nisso uma violação do direito fundamental ao desenvolvimento da personalidade humana, previsto no artigo 2º, inciso I, da Lei

³³ CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang [org.]. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, Cap. 8, p. 230.

³⁴ *Ibid.*, p. 230.

³⁵ *Ibid.*, p. 231.

Fundamental. Com remissão expressa ao caso Lüth, o Tribunal Constitucional Federal baseou-se no denominado efeito irradiador dos direitos fundamentais e intimou o Superior Tribunal Federal a considerar a garantia fundamental da autonomia privada *“no controle de contratos aplicando o critério dos bons costumes, em conformidade com o § 138 do BGB, observando os parâmetros do princípio da boa-fé, de acordo com o § 242 do BGB”*.³⁶

Esse segundo caso se diferencia porque a irradiação do direito fundamental da personalidade, constitucionalmente garantido, ocorreu através da cláusula geral da boa-fé. Ao recomendar a aplicação desta cláusula geral, o Tribunal Constitucional apontou o modo de garantia de eficácia dos direitos fundamentais pelo Poder Judiciário, através das cláusulas gerais.

Os casos extraídos do constitucionalismo alemão são ilustrativos dessa nova visão do Direito Privado, à luz dos direitos fundamentais. A prevalência do primado da Constituição restringe, num primeiro momento, a percepção da autonomia do Direito Privado, e essa *“impressão resta enrobustecida quando os direitos fundamentais são considerados abrangentemente como mandamentos de otimização”*.³⁷

O processo de constitucionalização assume especial relevância, se entendido como meio de otimização dos direitos fundamentais, a partir da sua incidência no Direito Privado.

1.5. A CLÁUSULA GERAL DA BOA-FÉ E A ABERTURA DO SISTEMA JURÍDICO

Os mencionados precedentes pavimentaram uma nova era para o Direito. A era pós-moderna no Direito é marcada por uma revisão da dicotomia entre o público e o privado, com perda de fronteiras claras e convergência de valores. O direito público

³⁶ CANARIS, Claus-Wilhelm. *A influência dos direitos...* op. cit., p 231.

³⁷ NEUNER, Jörg. O Código Civil da Alemanha (BGB) e a Lei Fundamental. In: SARLET, Ingo Wolfgang [org.]. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 247.

se privatizou e o direito privado se publicizou. Essa publicização do direito privado é vertida no denominado processo de constitucionalização do direito civil.

No direito brasileiro, a Constituição de 1988 marca o início desse fenômeno. O fenômeno da constitucionalização do direito privado, e especificamente do direito civil, mais do que uma questão de conteúdo ou produto é, sobretudo, uma questão de processo. Não se trata apenas de verificar a transposição de institutos típicos do direito privado para o âmbito constitucional, a exemplo do direito de propriedade. Mas sim de compreensão do instrumento de concretização dos direitos fundamentais. No processo de constitucionalização cabe ao aplicador do direito reinterpretar os institutos do direito civil conforme os direitos fundamentais. A cláusula geral da boa-fé surge como poderoso vetor dessa abertura e transformação do sistema.

Nesse processo de constitucionalização, preserva-se a liberdade e a autonomia privadas, mas com novos contornos ditados pelos valores da solidariedade social, da igualdade substantiva e da justiça distributiva.³⁸

Volta-se à definição de sistema e ao papel da Constituição nesse novo modelo aberto. As normas constitucionais são firmadas como mecanismo de controle e de abertura do sistema jurídico com os demais sistemas sociais. A cláusula geral da boa-fé, por sua vez, permite o impulso e a abertura sistemática do subsistema do direito privado para o fluxo constitucional. Nas palavras de Judith Martins-Costa, verifica-se a operatividade da boa-fé objetiva no campo obrigacional e *“por via de consequência, o papel que lhe cabe, do ponto de vista metodológico, na ultrapassagem do sistema fechado em direção a um sistema aberto no direito”*.³⁹

O sistema aberto do direito privado encerra o período da dicotomia entre os subsistemas do direito público e do direito privado e permite a interferência entre eles. Da mesma forma que a Constituição funciona como mecanismo de

³⁸ SARMENTO, Daniel. *Interesses públicos...* op. cit., p. 45.

³⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 382.

interpenetração entre o sistema jurídico e os demais sistemas sociais, a cláusula geral da boa-fé cumpre esse papel entre o direito público e o direito privado. A operatividade da boa-fé objetiva realiza a mediatização entre as normas de direito privado e os valores constitucionais. Através dela, o direito obrigacional recebe o influxo dos direitos fundamentais.

Nessa esteira, o direito não é um sistema meramente dedutivo, “*é sim um sistema dialético, orientado ao problema, é uma recompilação de pontos de vista sobre o problema em permanente movimento; é aberto e pragmático*”.⁴⁰

1.6. CONSEQUÊNCIAS NÃO INOCENTES

Cumpra, por fim, analisar os efeitos da abertura do sistema jurídico e as perspectivas que se apresentam.

As transformações no ordenamento jurídico, com a sua conseqüente abertura, tiveram causa na necessidade de sobrevivência do sistema dominante. Coerente à compreensão do direito como instrumento de acomodação social, a abertura do sistema jurídico deve ser percebida, também, como autodefesa do próprio modelo capitalista.

O sistema jurídico precisou acompanhar as mudanças do modo de produção. Numa economia de produção em massa, um mundo jurídico sem lacunas mostrou-se inviável e comprometedor do próprio crescimento do capitalismo.

O Século XX foi denominado como a “*Era dos Extremos*”.⁴¹ A história da economia mundial desde a Revolução Industrial tem sido de intenso progresso técnico, de contínuo, mas irregular crescimento econômico, e de crescente globalização. Ou seja, “*de uma divisão mundial cada vez mais elaborada e complexa de trabalho;*

⁴⁰ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos...* op. cit., p. 80.

⁴¹ HOBBSAWM, Eric. *Era dos extremos...* op. cit., p. 92.

*uma rede cada vez maior de fluxos e intercâmbios que ligam todas as partes da economia mundial ao sistema global”.*⁴²

A multiplicidade das situações produzidas por esses novos modelos produtivos demandaram regulamentações mais específicas, por meio de legislação especial. Os códigos perderam a centralidade, esvaziados nas funções de ordenar as condutas privadas dos indivíduos de forma igualitária e de garantir a separação entre a sociedade civil e o Estado.

O fim daquela dicotomia subdividiu o sistema jurídico em microssistemas para melhor tratar a complexidade das relações entre direito público e direito privado. Surge no Brasil o Regime de Concessão de Serviços Públicos, instituído pela Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; e as Parcerias Público-Privadas – PPP, com a promulgação da Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004. São esses instrumentos exemplos do fim da dicotomia, com a iniciativa privada exercendo prerrogativas antes exclusivas do poder público.

Por outro lado, cresceu exponencialmente o Terceiro Setor, mediante organizações privadas que atuam no interesse da coletividade. No Brasil, regulamentou-se a possibilidade dessas organizações alçarem a qualificação jurídica de OSCIP – Organização Social de Interesse Público, com a edição da Lei n. 9.790, de 23 de março de 1999.

Todos esses exemplos demonstram a supressão de marcos divisórios entre o Direito Público e o Direito Privado. Essa confluência foi determinada, em parte, pela necessidade de sobrevivência do sistema jurídico diante de uma sociedade complexa, com interação de causas múltiplas, e da incapacidade do Estado de equacioná-las.

O contrato é imprescindível para o sistema econômico de produção, distribuição e acesso de bens: *“Há uma grande massa de excluídos do consumo; trata-se de*

⁴² HOBSBAWM, Eric. *Era dos extremos...* op. cit., p. 92.

*instrumentalizar normas de ordem pública que flexibilizem esse acesso em condições de qualidade e segurança aceitáveis”.*⁴³

A edição de uma legislação de proteção do consumidor, por exemplo, não pode excluir a consciência de que não se trata de pura conquista da sociedade civil organizada, mas sim de uma necessidade contemporânea do sistema capitalista de produção: garantir maior acesso ao consumo de bens, mediante ordem pública de proteção. Uma normatização de aparente defesa do consumidor não pode deixar de ser compreendida como um instrumento de controle das atividades que são dirigidas ao próprio consumidor, para proteção e sobrevivência do sistema de produção. É que nas sociedades ocidentais, entende-se mais recentemente que as mudanças no consumo assumem papel tão relevante quanto as mudanças no regime de produção. Isso porque o sistema capitalista não apenas busca o modo de conquista, mas especialmente a conservação do conquistado.

O domínio do sistema de produção exige o controle do consumidor. Nele é incutida a crença de que a rigidez do ordenamento é feita para a primazia de quem consome. Ao tratar da “Economia das Fraudes Inocentes”, John Kenneth Galbraith adverte que *“acreditar numa economia de mercado em que o consumidor é soberano é uma das formas de fraude mais difundidas”.*⁴⁴

A intervenção estatal no domínio dos contratos *“não é senão uma reafirmação da legitimidade do poder empresarial perante os sujeitos singulares, máxime consumidores”.*⁴⁵ Portanto, a continuidade dos quadros jurídicos liberais consolida o poder empresarial nas sociedades desenvolvidas.

O fenômeno da globalização, também como o sistema de produção liberal burguês, gera concentração de riqueza (lógica do sistema de produção capitalista). Mas desta

⁴³ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos...* op. cit., p. 543.

⁴⁴ GALBRAITH, John Kenneth. *A economia das fraudes inocentes: verdades para o nosso tempo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 30.

⁴⁵ PRATA, Ana Maria Correia Rodrigues. *Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 11-12.

vez de uma forma muito mais intensa e em larga escala. Concentração de riqueza gera exclusão social, problema que o sistema jurídico precisa acomodar. Nesse contexto, *“uma parte significativa da população parece ter perdido todo o contato com a esfera da cidadania”*.⁴⁶ Nas sociedades em desenvolvimento, nas quais o crescimento econômico não significa desenvolvimento social, essa parcela de excluídos aumenta significativamente. A necessidade de controle social torna imprescindível manter as expectativas dos indivíduos, preservar a crença de que o sistema jurídico é capaz de realizar tais anseios. Nesse sentido, o sistema jurídico se abriu e se desdobrou para acalentar expectativas sociais de que o Estado, através de sua produção legislativa, responda às exigências do corpo social.

A abertura do sistema jurídico do direito privado mantém as expectativas de funcionamento normal dos demais sistemas sociais, com manifesta prevalência do seu significado *“político-ideológico”*⁴⁷ latente em detrimento do seu sentido normativo-jurídico aparente.

Um dos sentidos da legislação simbólica pode ser de confirmação simbólica de pretensões normativas. Outro sentido pode ser também o da confiança dos cidadãos nos sistemas políticos e sociais, referida como *“legislação-álibi”*.⁴⁸ Cria-se a impressão de sensibilidade do Estado em relação às exigências e expectativas dos cidadãos. A legislação-álibi serve como uma forma de manipulação ou de ilusão, com função ideológica. O Estatuto da Criança e do Adolescente ou a Lei Maria da Penha não são capazes, por si, de resolver o problema da violência contra a criança e a mulher. A promoção que se faz desse tipo de legislação não pode bloquear a visão de que as soluções para esses problemas são estruturais e não meramente legislativas.

Portanto, é preciso consciência crítica de que o denominado Estado Social não representou a solução dos males da Era Liberal. A efetiva abertura do sistema e o

⁴⁶ FACCHINI NETO, Luiz Edson. *Reflexões histórico-evolutivas...* op. cit., p.26.

⁴⁷ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica...* op. cit., p. 30.

⁴⁸ Ibid., p. 30.

processo de constitucionalização do direito civil não podem ser compreendidos como instrumentos capazes de promover automática justiça substancial. A questão da dicotomia entre direito público e direito privado, ou da prevalência de um sobre o outro, é secundária, se não for compreendido que componentes ideológicos estão sempre a permear esses movimentos.

Tal compreensão conduz às causas da inoperância normativa do sistema jurídico. A consciência crítica dos problemas é elemento que deve gerar atuação mais responsável dos operadores do direito, com papel concretizador de realidades normativas.

O estudo do sistema jurídico não pode prescindir da indagação acerca da realidade econômica na qual o mesmo se insere. Essa realidade econômica não pode ser tomada como elemento “*meta-jurídico*”, indiferente ao Direito. Quanto ao direito dos contratos, é imprescindível a constatação de que o contrato tornou-se a expressão da política econômica e social do poder estatal, ditada pelo poder econômico que lhe sustenta.

CAPÍTULO II - A OBRIGAÇÃO NA PERSPECTIVA DE PROCESSO

A compreensão da boa-fé objetiva remete à noção de obrigação na perspectiva de processo, com seus elementos dinâmicos.

A compreensão do fenômeno obrigacional implica na pesquisa de elementos concretos e não apenas dos componentes abstratos da concepção clássica do vínculo. Considerações sobre tal linha de pensamento jurídico não podem dispensar prévias notas sobre a base filosófica em que repousa.

2.1. TOTALIDADE CONCRETA

Pensar a obrigação como processo é perceber uma matriz concreta da realidade. Imaginar um fenômeno jurídico numa perspectiva processual é concebê-lo a partir da conexão com o mundo real, de um todo formado por elementos que se relacionam. Essa visão peculiar representa uma opção do que seja realidade. Realidade pensada de forma antidogmática e renovadora.

Na história da filosofia, esse movimento remonta a uma nova corrente marxista que se pretende viva e criadora, livre de mitos, de esquematismos e de limitações teóricas. Uma das suas temáticas é exatamente a do mundo da pseudoconcreção, em que os homens e as coisas são objeto de manipulação. A filosofia de Karel Kosík tratou dessas questões.⁴⁹ Nela, o filósofo aprofunda questões do pensamento marxista, se contrapõe à falsa consciência, ataca o realismo ingênuo e defende a dialética como prática verdadeira, desmistificadora de questões e que conduz a um conhecimento verdadeiro.

Dentre as categorias revisitadas de Marx, Kosík trabalha a noção de totalidade, referindo-a como totalidade concreta. Desenvolve essa categoria a partir de uma visão dialética, de extrema valia quando aplicada à realidade social.

⁴⁹ KOSÍK, Karel. *Dialectica de lo concreto*, trad. esp. Adolfo Sanchez Vazquez. México: Grijalbo, 1967.

Afirma Georg Lukács que *“la dialéctica materialista es una dialéctica revolucionaria”*.⁵⁰ Com isso expõe a questão existente entre teoria e prática. A dialética se põe quando não apenas a teoria reclama a prática, mas também quando a realidade demanda o pensamento. O processo dialético é uma constante superação de contraposições, que substitui a causalidade material e rígida, pela interação e coordenação. Nesse processo, o problema central é o da transformação da realidade, contraposto ao ideal burguês da impenetrabilidade, do caráter fatalista e imutável da realidade.

Baseado na teoria marxista, Lukács descreve que o *“proceso de abstracción de la vida”* é uma *“particularidad histórica de la sociedad capitalista”*.⁵¹ O processo de abstração visou a ampliação sempre crescente da divisão do trabalho de modo abstrato e racional no processo de produção, sem se preocupar com as capacidades e possibilidades humanas de transformação do sistema. Portanto, o processo de abstração é uma técnica de alheamento da realidade, através do isolamento dos sistemas sociais. Essa departamentalização provoca a impressão de que os sistemas sociais são campos parciais com regras próprias, previamente elaboradas para uma investigação científica de sua própria natureza. A dialética, por sua vez, diante desses sistemas, retira a unidade concreta do todo e faz conexões essencialmente históricas.

O conceito de totalidade concreta é desenvolvido no pensamento de Kosík, para quem totalidade significa *“realidad como um todo estructurado y dialéctico, en el cual puede ser comprendido racionalmente cualquier hecho (clases de hechos, conjunto de hechos)”*.⁵²

⁵⁰ LUKÁCS, Georg. *Historia y consciencia de clase*. Tradução de Manuel Sacristán. Barcelona: Grijalbo, 1975, p. 2.

⁵¹ Ibid., p. 4.

⁵² KOSÍK, Karel. *Dialectica...* op. cit., p. 55.

Desse modo, a compreensão de totalidade concreta perpassa pelos conceitos mais marcantes do marxismo: dialética e prática. Reunir todos os fatos não significa conhecer a realidade, e a simples reunião de todos os fatos não constitui a totalidade.

Para Kosík, a compreensão da totalidade concreta depende de uma visão dialética. Os fatos são conhecimento da realidade se são compreendidos como elementos de *“um todo dialético, esto es, si no son átomos inmutables, indivisibles e inderivables, cuya conjunción constituye la realidad, sino que son concebidos como partes estructurales del todo”*.⁵³

O conhecimento parte de determinações naturais, imediatas, puras, simples (em um mundo capitalista) para *“avanzar desde ellas hasta el conocimiento de la totalidad concreta como reproducción intelectual de la realidad”*.⁵⁴

Assim, a dialética não se restringe a uma simples interação, mas sim a um fenômeno caracterizado pela influência recíproca dos elementos, do que resulta a transformação do todo. E assim se constrói a história. A consciência da realidade como uma totalidade concreta é essencial para a percepção de que a mesma pode ser transformada a partir da interação da influência recíproca dos elementos que a compõem. Arremata Lukács que *“ese autoponerse, autoproducirse y autorreproducirse es precisamente la realidad”*.⁵⁵

Obviamente essa visão da realidade não interessa às ideologias dominantes e preocupadas com a manutenção do estado das coisas. O encobrimento do caráter transitório e histórico das coisas rodeia as estruturas conservadoras.

⁵³ KOSÍK, Karel. *Dialectica...* op. cit., p. 56.

⁵⁴ LUKÁCS, Georg. *Historia y consciência...* op. cit., p. 10.

⁵⁵ Ibid., p. 18.

2.2. DO ABSTRATO PARA O CONCRETO NO DIREITO OBRIGACIONAL

Essas considerações se harmonizam com o conceito de sistema jurídico tratado neste trabalho (Capítulo I). Totalidade concreta e sistema jurídico autopoiético são concepções complementares. Fazem sentido para a compreensão da obrigação como processo, dado o caráter de ruptura que carregam. O fenômeno obrigacional visto como processo foi construção doutrinária revolucionária do sistema do direito civil clássico. A base filosófica da totalidade concreta permitiu a essa doutrina romper com o pensamento conservador e revelar a obrigação como ela verdadeiramente é.

No âmbito do direito civil, a relação obrigacional como um todo e como processo tem desenvolvimento seminal com o pensamento de Karl Larenz. O exame dos elementos essenciais da relação obrigacional, dentre eles o direito de crédito e o dever de prestação, não exclui a análise da obrigação como relação jurídica total.

Para Larenz, o sentido da relação obrigacional compreenderá uma série “*de deberes de prestación y conducta, y además de ellos puede contener para una u outra de las partes derechos de formación*” ou “*otras situaciones jurídicas*”.⁵⁶

O fenômeno obrigacional é um conjunto, uma totalidade, mas isso não impede ou exclui a sua compreensão como um sistema de processos. Sistema que é algo vivo, “*en tanto cuanto los hombres*”.⁵⁷ Com isso, vincula-se a perspectiva do processo obrigacional com as situações e relações correspondentes ao mundo de validez do ordenamento jurídico.

Ao correlacionar obrigação, processo, sistemas, organismo e totalidade, Larenz propositadamente situa no âmbito do concreto a existência dos efeitos ou consequências jurídicas da relação obrigacional, que podem, por conseguinte,

⁵⁶ LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1952, p. 37.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 37.

“nacer y desaparecer (extinguirse, anularse), modificarse y desarrollarse hacia un fin determinado”.⁵⁸ A relação jurídica concreta entre pessoas determinadas passou a ser mais do que a soma de direitos e deveres. Passou a representar situações jurídicas concretas. A doutrina de Larenz relaciona-se com a evolução jurídica do direito alemão, decorrente de elementos históricos relacionados às conseqüências sociais e econômicas da Primeira Guerra Mundial.

Historicamente, analisa Franz Wieacker que *“o acontecimento mais importante quanto a aspectos fundamentais foi talvez o regresso da jurisprudência ao princípio da equivalência material”*.⁵⁹ Aponta o autor que o positivismo tinha deixado de atribuir qualquer influência à equivalência material das prestações nos contratos bilaterais. No caso do *BGB*, a tentativa de Windscheid de preparar a reintrodução desse tema foi expressamente recusada pelos seus redatores, sob influência conjunta da ética da liberdade e da responsabilidade de Kant e de Savigny, que já não atribuía à função social do contrato uma influência direta sobre a existência autônoma do direito.

Mas com a Primeira Guerra Mundial vieram a imprevisibilidade, as dificuldades de abastecimento e os ciclos inflacionários. Diante desse quadro, destaca Wieacker, a jurisprudência agarrou-se *“à questão da ética material dos contratos”*.⁶⁰

A obra de Larenz é fortemente influenciada pela necessidade de respostas jurídicas a determinadas distorções verificadas no mundo real dos contratos.

Foi necessária a evolução do pensamento jurídico para a concepção da relação obrigacional total e concreta, com abertura de fileiras contra o pensamento abstrato do vínculo, meramente formal e desenhado em linha gráfica. O vínculo obrigacional não poderia mais se resumir à linha imaginária que conecta o credor com o devedor, nem ao direito de crédito ao qual se contrapõe o dever da prestação.

⁵⁸ LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones...* op. cit., p. 38.

⁵⁹ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Tradução A. M. Botelho Hespanha. 3ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 599.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 599.

Esse modelo estático e simples da obrigação remete a primeira grande concepção do vínculo obrigacional, desenvolvida no direito romano. Observa Judith Martins-Costa que, apesar de óbvia tal constatação, ainda hoje insistem alguns manuais na referência à obrigação apenas como vínculo, a chamada “*relação obrigacional simples*”,⁶¹ tal qual definia o direito romano, que se centrava no “*núcleo duro do conceito, o termo “obligatio”, palavra composta da preposição acusativa ob e do verbo transitivo “ligare” (ligar, atar, vincular), daí derivando a ideia de sujeição ou vínculo.*”⁶²

Surge a noção de obrigação como vínculo estritamente bipolar, “*que liga uma parte, a credora, titular do direito subjetivo (crédito), a outra, parte devedora, titular do dever jurídico (dívida)*”.⁶³ Entre ambos os sujeitos nada mais haveria do que crédito e débito, como se os envolvesse “*uma espécie de buraco negro, tal qual o misterioso vazio que ameaça a camada de ozônio do planeta terra*”.⁶⁴

Com relação ao conceito clássico de obrigação, sob a influência romana, a doutrina nacional basicamente salienta ser a obrigação um “*vínculo jurídico que une dois sujeitos, denominados credor e devedor, por força do qual este deve realizar em favor daquele uma prestação, consistente em um dar, fazer ou não fazer, sob pena de coerção judicial.*”⁶⁵

Perfilando os doutrinadores clássicos, aponta Ruggiero: “*A noção dada pelo direito moderno da relação obrigatória não difere, nas suas linhas gerais, daquela que foi maravilhosamente construída pelos jurisconsultos romanos.*”⁶⁶

⁶¹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé...* op. cit., p. 383-384.

⁶² Ibid., p. 383-384.

⁶³ Ibid., p. 383-384.

⁶⁴ Ibid., p. 383-384.

⁶⁵ CALIXTO, Marcelo Junqueira. Reflexões em torno do conceito de obrigação, seus elementos e suas fontes. In: TEPEDINO, Gustavo [coord.]. *Obrigações*. Estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, Cap. 1, p. 2.

⁶⁶ RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil: Direito das Obrigações Direito Hereditário*. Tradução Ary dos Santos. São Paulo: Saraiva, 1958. v.3, p. 16.

Para Emílio Betti⁶⁷, a obrigação no direito romano podia ser resolvida, pelo lado passivo, por uma obrigação de ressarcimento, o que quer dizer, uma obrigação de pagamento do equivalente em pecúnia ao que era devido; e, pelo lado ativo, ela se resolvia com o direito de exigir essa substituição pecuniária de um débito primário não cumprido.

Sobre a evolução histórica das obrigações, leciona Serpa Lopes que o conceito de obrigações “*na última fase do direito romano, surgiu imaterializado, um vínculo de ordem puramente abstrata. O direito moderno nada criou no particular. Perdura ainda, no curso dos séculos, a concepção romana de obrigação*”.⁶⁸

A visão estática da relação obrigacional analisava apenas os elementos externos do vínculo, encerrados nos sujeitos interligados pelo vínculo de sujeição em torno do objeto. Não eram considerados os aspectos internos da relação obrigacional, as situações jurídicas concretas das partes ao longo do percurso que precede a contratação até as conseqüências jurídicas advindas da solução (positiva ou negativa) da prestação.

Na lição de Orlando Gomes: “*A obrigação é um vínculo jurídico em virtude do qual uma pessoa fica adstrita a satisfazer uma prestação em proveito de outra*”.⁶⁹

Se visto apenas de forma abstrata, o vínculo obrigacional foi polarizado numa contraposição de interesses. Credor e devedor se contrapunham e a satisfação do crédito provinha da sujeição do obrigado, submetido ao jugo do credor. Prevalencia um conceito meramente dualista da obrigação.

⁶⁷ BETTI, Emilio. *Teoria General de las Obligaciones*. Tradução de José Luiz de los Mozos. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969, p. 327.

⁶⁸ LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil: Obrigações em geral*. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989, v.2, p.32.

⁶⁹ GOMES, Orlando. *Obrigações*. 12ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 9.

Chama atenção, ao longo da doutrina tradicional, um verdadeiro estado de subordinação, que submete o devedor na qualidade de único responsável pelo cumprimento da obrigação. Sobre o devedor recai o dever de cumprir com a prestação; enquanto que o credor, revestido dos poderes inerentes ao seu crédito, em nada precisa contribuir para esse cumprimento.

2.3. A QUEM INTERESSOU O MODELO ESTÁTICO

Tal arcabouço teórico desempenhou papel relevante para as ideologias defensoras dos sistemas fechados do direito, em especial a ideologia liberal. Num sistema pretensamente capaz de solucionar qualquer questão jurídica mediante subsunção do fato à norma, a relação obrigacional apenas poderia comportar elementos externos. Repulsava a possibilidade de múltiplas situações jurídicas, sob pena de colocar em risco a pretensa completude.

O direito obrigacional ocupou posição nuclear no direito dos contratos, vital ao desenvolvimento das relações comerciais e essencial ao desenvolvimento e consolidação do projeto burguês de ascensão ao poder econômico e político. No século XIX, o fechamento do sistema jurídico foi um dos pilares da estruturação do poder burguês.

Na pandectística oitocentista, refletida no BGB, a perspectiva abstrata do vínculo obrigacional alcançou a segunda grande fase conceitual. Nas palavras de Judith Martins-Costa, “*a segunda grande concepção do vínculo obrigacional foi desenhada pela Pandectística Oitocentista e encontra-se refletida no BGB*”.⁷⁰ Os vínculos gerados pelos contratantes são designados pela expressão *Schuldverhältnisse* (relações contratuais), “*atribuindo-se a esta expressão, contudo, o sentido de vínculo singular entre credor e devedor, precisamente o sentido correspondente à noção de obligatio do Direito Romano e comum*”.⁷¹

⁷⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé...* op. cit., p. 386.

⁷¹ *Ibid.*, p. 386.

A doutrina alemã desenvolveu a noção de direito subjetivo na forma de direito de crédito, de modo abstrato, o que resultou no acolhimento da teoria da pretensão. Pretensão, direito de exigir a prestação descumprida, uma das muitas contribuições do direito alemão presente no ordenamento jurídico brasileiro. Entretanto, a pretensão, abstrata e formal, não se incluía no processo obrigacional na perspectiva de totalidade. A ciência jurídica alemã, do século XIX, trabalhou a noção de organismo, mas não de totalidade. Interessava-se pela análise das relações do Estado com os particulares, base das teorias organicistas, geradoras de construções doutrinárias impressionantes, dentre elas a da pessoa jurídica.

Da necessidade de maior grau de segurança às transações comerciais, no Estado Liberal houve proposital separação entre Estado e sociedade, com especial proteção à autonomia da vontade. A doutrina liberal isolou o fenômeno no âmbito do direito subjetivo de crédito, direito de exigir o que é devido. A subsunção ocorria pelo fato gerador do inadimplemento, sem importar outros elementos no entorno. Essa tarefa de isolamento dos elementos obrigacionais tinha clara razão de ser: o fechamento do sistema correspondia à necessidade de segurança jurídica. A obrigação não poderia ser campo de análises internas, concretas e substanciais, porque a lei merecia aplicação por silogismos, sem nenhuma abertura para o real ou para as diferenças.

A análise meramente externa do vínculo obrigacional cumpria essa missão de impermear o fenômeno de qualquer circunstância atípica, imprevista, própria ou diferente da fórmula legal. O liberalismo coroou o dogma da vontade, e a blindagem da relação obrigacional serviu para fazer do contrato o meio de exercício do poder da vontade do credor, contraposto ao dever do obrigado de solver a prestação. A intangibilidade dos contratos, sintetizada na expressão do *pacta sunt servanda*, repelia pesquisas internas do fenômeno obrigacional. Admiti-las, significaria reconhecer a possibilidade de acidentes no percurso obrigacional, intoleráveis num sistema jurídico fechado.

A teoria clássica entendia o contrato como *“fenômeno economicamente neutro. Isto não é assim, tem efeitos distributivos. Desde a análise econômica, tem sido posto em destaque o efeito redistributivo que têm as normas contratuais”*.⁷²

2.4. A PERSPECTIVA DINÂMICA DO VÍNCULO OBRIGACIONAL

Vista sob o prisma do sistema jurídico, as razões que conduziram à abertura deste, tratadas em capítulo específico neste trabalho, explicam a mudança paradigmática na relação obrigacional.

As transformações econômicas, políticas e sociais ocorridas após o fim da Segunda Guerra Mundial demandaram novas respostas da ciência jurídica. Instrumento de acomodação social, o sistema jurídico não mais poderia manter-se fechado. A complexidade do mundo e das relações entre seus agentes não mais encontrava resposta nos silogismos ou nas subsunções do sistema liberal.

O abismo produz descontrole, medo e reações imprevisíveis. Para acomodação de um corpo social em intensa mutação, perplexo diante da incapacidade do sistema jurídico enclausurado, vem a abertura. Para essa abertura, a mudança de concepção do vínculo obrigacional foi instrumento essencial.

O sistema se abriu na busca de soluções substanciais. Do abstrato para o concreto, da fórmula para o caso, do padrão para as diferenças. No campo obrigacional, tornou-se necessária a busca dos elementos que permitissem esse novo percurso. Não mais apenas presentes nos componentes externos e estáticos do vínculo, mas sim nos componentes internos e dinâmicos da relação obrigacional, vista como um processo encadeado de atos, na busca de um fim.

A doutrina mais recente, entretanto, tem enfatizado o aspecto de que a *obrigação* deve ser vista sob um *“aspecto dinâmico e não estático, salientando existir uma*

⁷² LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos...* op. cit., p. 541.

*verdadeira relação jurídica obrigacional, que tem por conteúdo uma série de direitos e deveres de ambas as partes.*⁷³

No direito brasileiro, essa perspectiva dinâmica do fenômeno obrigacional teve importante projeção a partir da obra de Clóvis do Couto e Silva, denominada “*A obrigação como processo*”. Em tese apresentada no concurso à cátedra de direito civil na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, em 1964, o autor analisou a relação obrigacional como fenômeno jurídico que “*se encadeia e se desdobra em direção ao adimplemento, à satisfação dos interesses do credor*”.⁷⁴

Destaca o autor⁷⁵ que após exaustiva análise a que foi submetido o conceito de relação jurídica no Século XIX, especialmente com a Pandectística, a Ciência do Direito tende cada vez mais ao tratamento do vínculo como totalidade. Aquele século deixou o legado do exame cuidadoso dos componentes estruturais da eficácia jurídica. Nesse sentido, passou a colocar ao “*lado do direito propriamente dito, a pretensão, a ação em sentido material, assim como os direitos formativos e as posições jurídicas, correspondendo aos primeiros o dever, a obrigação e a exceção do direito material*”.⁷⁶

Os deveres nessa dogmática atual passaram a ser divididos entre deveres principais e secundários (anexos ou instrumentais), e dependentes ou independentes.

Tratar a obrigação como totalidade implica em concebê-la a partir de um vínculo de cooperação. A visão atomística anterior é substituída pela percepção de que a unidade obrigacional não se esgota na soma dos seus componentes iniciais. Outros elementos sobre ela incidem e importam para a satisfação da prestação. Esses

⁷³ CALIXTO, Marcelo Junqueira. *Reflexões...* op. cit., p. 4.

⁷⁴ SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 17.

⁷⁵ Ibid., p. 18.

⁷⁶ Ibid., p. 18.

elementos são direitos e situações jurídicas, precedentes, contemporâneas ou posteriores à formação do vínculo.

Ao traçar um panorama sobre a evolução do direito contratual, Wieacker verifica que a relação obrigacional, equiparada pelo BGB à pretensão da parte credora, foi reconhecida em sua complexidade, “*organismo de contornos vastos e alastrantes*”⁷⁷, a partir da qual podem ser extraídos não apenas diversos deveres acessórios e “*deveres de proteção*” de caráter geral para ambas as partes, bem como “*assunções de deveres pré-contratuais (culpa in contrahendo) e uma responsabilização contratual do respectivo credor (culpa in exigendo)*”.⁷⁸

Credor e devedor não mais são vistos em posições irredutivelmente antagônicas. Transformando o *status* em que se encontravam, tradicionalmente, devedor e credor, abriu-se espaço ao tratamento “*da relação obrigacional como um todo*”.⁷⁹

A perspectiva dinâmica do vínculo obrigacional significa verdadeiros processos intersubjetivos, juntando diversos poderes e deveres que são desenvolvidos ao longo do tempo para satisfação dos contratantes, através da cooperação mútua.

A obrigação, entendida a partir desse prisma dinâmico, traz conseqüência de fundamental importância para o direito obrigacional: a satisfação da obrigação gera direitos e deveres para ambas as partes; e não apenas deveres para o devedor e direitos para o credor. Isto porque ao credor toca o dever de cooperar com o adimplemento. Tal dever de cooperação independe do estado subjetivo do credor, de modo que atinge indistintamente aqueles que ocupam posição creditícia. Deles objetivamente se espera um esforço colaborativo. Obviamente que ao credor não caberá a prestação principal, mas lhe caberão certos deveres correlatos a padrões de conduta para facilitação do adimplemento.

⁷⁷ WIEACKER, Franz. *História do direito...* op. cit., p. 597.

⁷⁸ Ibid., p. 597.

⁷⁹ SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação...* op. cit., p. 19.

Além disso, esse contorno obrigacional mais amplo trouxe conseqüências importantes no âmbito do inadimplemento contratual. Se antes o direito das obrigações conhecia apenas dois tipos de inadimplemento (inadimplemento definitivo e atraso no cumprimento), outras formas de descumprimento passaram a ser consideradas, dentre elas o cumprimento defeituoso, que impõe o dever de indenizar.

CAPÍTULO III – CLÁUSULAS GERAIS

O estudo da boa-fé objetiva pressupõe a compreensão da técnica jurídica das cláusulas gerais, pela qual ocorre a abertura do sistema jurídico para o ingresso de valores e de princípios.

Interessa, portanto, análise da disciplina jurídica de tal técnica legislativa, com abordagem da doutrina que propõe conceitos e método de classificação, com destaque para a função das cláusulas gerais no ambiente autopoietico.

3.1. DELINEAMENTOS INICIAIS

A cláusula geral remete ao aspecto da indeterminação do direito, a exemplo da técnica de ponderação de interesses. O fenômeno da indeterminação modernamente passou a ser associado aos conflitos entre sistemas sociais autônomos; desenvolve-se aquela técnica para enfrentamento de conflitos intersistêmicos.

A indeterminação do direito acompanha a chamada era das incertezas. Nas palavras de Washington Luiz da Trindade, após os denominados “*exuberantes anos noventa*”⁸⁰ do Século passado, as revoluções científicas e tecnológicas demoliram “*as certezas ciosamente transmitidas pela tradição e pelas chamadas ciências exatas*”.⁸¹ Os postulados anteriores abrem espaço para a quântica, a informática e a pesquisa biomolecular “*que erigem como principiologia a incerteza*”.⁸² E a propósito surge a indagação: de que modo o Direito pode enfrentar tais novos desafios?

O tema cresce de importância numa sociedade que a cada dia evolui para uma sociedade de organizações, ocaso de um direito de caráter universalista. Na gênese

⁸⁰ TRINDADE, Washington Luiz da. *Scienza nuova*. Discurso proferido na aposição do retrato do autor, na sala de professores da UFBA, após o título de professor emérito. Salvador.

⁸¹ Ibid.

⁸² Ibid.

do fenômeno da indeterminação reside a compreensão de que o direito passa a ser cada vez mais estratégico, com modelos flutuantes. A cláusula geral deve ser compreendida a partir desse contexto.

Coerente com a teoria do sistema autopoietico adotada neste trabalho, a cláusula geral insere-se no dilema entre informação e interferência. Nas palavras de Gunther Teubner, no insolúvel conflito “*entre as construções intra-sistemáticas da realidade da respectiva envolvente sistêmica e a realidade operativa dos próprios sistemas envolventes*”.⁸³ Desse conflito resulta a possibilidade de desintegração do sistema, que é combatida por proposital elevação da “*indeterminação operativa circunstancial*”.⁸⁴

Essa indeterminação jurídica surge quando determinadas esferas de comunicação criam independência do sistema autopoietico de primeiro grau. Nesse sentido, política e direito evoluem e constroem seus próprios elementos, estruturas e processos com o meio envolvente, distintos da comunicação geral. Tais componentes são articulados de forma “*hipercíclica*” e disso resulta, “*uma abertura ao meio envolvente social baseada numa clausura operativa radical*”.⁸⁵

Os subsistemas não coexistem separadamente, mas interferem mutuamente, na medida em que uma mesma comunicação pode participar de mais um circuito autopoietico, ou quando um indivíduo atua em contextos sistêmicos diferentes. Dessas interferências aparecem riscos de choques: no caso do Direito, os elementos, estruturas e processos que constroem a realidade jurídica, de modo fechado e auto-referencial, podem entrar em conflito com as operações reais do sistema envolvente.

Para resolver esse problema de interferência, sem perder a identidade do seu código binário (legal/ilegal), o Direito transforma parte de suas estruturas lingüísticas

⁸³ TEUBNER, Gunther. *O direito como...* op. cit., p. 205.

⁸⁴ Ibid., p. 205.

⁸⁵ Ibid., p. 205.

em considerações vagas. A partir da indeterminação, o Direito enfrenta o desafio das interferências sociais autônomas e o “*resultado deste compromisso precário consiste num aumento dramático da indeterminação do direito*”.⁸⁶ Nesse sentido, ao direito formal é exigido o sacrifício de retração das suas pretensões ou aspirações de consistência interna. Para interagir com os diferentes sistemas sociais, o Direito se flexibiliza, cria categorias que não podem aspirar à consistência jurídica universal. A cláusula geral é instrumento desse processo de flexibilização do Direito.

A diferenciação interna da sociedade implica na distinção interna do Direito. Com a complexidade social crescente, a caracterização do Direito ultrapassa a clássica divisão entre direito público e direito privado. Os ramos privados são remodelados, conforme já analisado em capítulo anterior deste trabalho. A cláusula geral, nesse quadro, contribui para o acoplamento estrutural do direito constitucional com o direito privado, permitindo a concreção dos valores e princípios constitucionais, a exemplo da dignidade humana e da função social da propriedade e do contrato. Contribui para a constitucionalização do direito privado como mandamento de otimização dos direitos fundamentais.

Na opção metodológica do Direito como sistema autopoietico, a cláusula geral tem a função essencial de permitir a alimentação do direito civil pela tábua axiológica constitucional, no fluxo e refluxo normativo. Ao mesmo tempo, permite o autocontrole do subsistema do direito civil, a partir da lógica central da dignidade da pessoa humana, elemento central do ordenamento jurídico.

As cláusulas gerais cumprem a função de unificação dos múltiplos microsistemas normativos autônomos e resolvem problemas estruturais do sistema jurídico, mesmo porque o “*sentido volátil e altamente abstrato de conteúdos valorativos permite a concretização de um leque de sentidos que seriam reciprocamente incompatíveis em planos mais concretos.*”⁸⁷

⁸⁶ TEUBNER, Gunther. *O direito como...* op. cit., p. 211.

⁸⁷ SIMIONI, Rafael; FERRONATTO, Rafael; FERRETO, Karine. Cláusulas gerais e sensibilidade comunicativa: direitos fundamentais privados na sociedade global. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.25, jan./mar. 2006, p. 251-252.

Nessa linha de concretização dos direitos fundamentais, a cláusula geral significa a possibilidade de decisões judiciais mais próximas dos valores atuais da sociedade, com maior flexibilidade e potência de respostas compatíveis com os cânones de justiça, num determinado contexto histórico e social. Característica que é revestida de especial relevância numa sociedade globalizada, aberta a diversas possibilidades e ao multiculturalismo. Conforme antes tratado no capítulo sobre Sistema Jurídico (Capítulo I), o desafio do Direito na pós-modernidade reside no desenvolvimento de sua capacidade de lidar com as diferenças entre os indivíduos. No mundo interconectado por redes, a intensidade dos contatos sociais e a velocidade da comunicação tornam os problemas mais complexos.

Acabaram as certezas e o que sobrevive é o conhecimento. O direito privado está inserido nesse contexto global incerto, fluido e multiforme. A cláusula geral é meio de resposta ao paradoxo da contemporaneidade. Além da constitucionalização do direito civil, permite ao aplicador do Direito a tomada de decisões jurídicas mais contemporâneas com a realidade social, dado o seu caráter dinâmico. Na concretização da atividade judicial o julgador não verifica apenas o critério objetivo, mas também as situações específicas do caso concreto.

A técnica da cláusula geral pode ser verificada no direito brasileiro antes do Código Civil de 2002, quando o Código Comercial se utilizava dessa técnica legislativa com referência à boa-fé, embora sem aplicação prática, em razão da elevada carga discricionária disposta ao juiz.⁸⁸ Também podem ser encontrados alguns conceitos indeterminados na Lei de Introdução ao Código Civil. Mas foi no atual Código Civil, sem dúvida, que o prestígio da cláusula geral foi fortemente consolidado.

A necessidade de maior mobilidade ao sistema decorre do desejo de longevidade. Para ser longo, o direito civil não pode ficar alheio aos fatores sociais em permanente ebulição. A utilização da técnica de conceitos vagos insere-se nesse contexto.

⁸⁸ NALIN, Paulo. Cláusula geral e segurança jurídica no Código Civil. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, v.23, jul./set. 2005, p. 65.

Aponta Rodrigo Mazzei que tal tendência pode ser explicada a partir do aprendizado que o direito brasileiro sorveu da experiência alemã.⁸⁹ A técnica da cláusula geral inserida no Código Civil Alemão (BGB) contribuiu para o duradouro prestígio dessa legislação. Para o autor a influência alemã trouxe contribuições, com especial destaque para a utilização de técnica legislativa de conceitos vagos.

O mais eloqüente exemplo de cláusula geral é o §242 do Código Civil alemão, com relevante função desde o início deste século.⁹⁰ É possível até mesmo afirmar, segundo a referida autora, que esse dispositivo preconizou nova compreensão da relação obrigacional, com força transformadora do conceito de sistema e da teoria tradicional das fontes dos direitos e deveres, na medida da limitação extraordinária da autonomia da vontade.

Sobre a importância da aplicação desse dispositivo legal pelo Supremo Tribunal Federal alemão, Franz Wieacker escreve que, no direito das obrigações, o BGB atribuiu ao §242 (princípio da boa-fé) uma importância totalmente nova, encarando-o não apenas como corretivo e princípio interpretativo do conteúdo da relação obrigacional, *“mas como fundamento unitário da própria obrigação, de modo que todas as restantes prescrições do direito das obrigações aparecem apenas como manifestações deste princípio”*.⁹¹

Há de se indagar porque o Código Civil alemão, tão marcado na sua elaboração pela cultura pandectística, ousou inserir tal dispositivo no seu texto. Explica Judith Martins-Costa que, apesar dessa predominância cultural, a época não estava imune a *“certos traços jusracionalistas”*.⁹² Naquele contexto, a boa-fé, mesmo diluída e versada como meio de reforçar a vinculação ao pacto, foi largamente usada, especialmente naquilo que concerne ao fenômeno contratual.

⁸⁹ MAZZEI, Rodrigo. Apresentação. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (cord). *Comentários ao Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. LX.

⁹⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé...* op. cit., p. 287.

⁹¹ WIEACKER, Franz. *História do direito...* op. cit., p. 608.

⁹² MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé...* op. cit., p. 290.

A cláusula geral é uma técnica legislativa que verdadeiramente marcou a mudança de cultura jurídica, relacionada aos fatores tratados nos capítulos anteriores deste trabalho. Através dela erigiu-se um novo marco metodológico e hermenêutico, com rompimento do modelo positivista e legalista. Para a adoção de um modelo aberto de sistema jurídico, impunha-se a alteração da técnica e da linguagem legislativa. O fenômeno lingüístico, verificado a partir da segunda metade do Século XX, é de fundamental importância para o entendimento dessa mudança jurídica. Essa nova técnica legislativa implica na edição de normas jurídicas multissignificativas e de vagueza semântica. Caracteriza-se por uma formulação legal ampla e abrangente de diversos casos. Contrapõe-se, portanto, à técnica casuística que marcou o sistema jurídico dos códigos oitocentistas, regulamentado por *fattispecie*.

Ao sistema capitalista contemporâneo não mais interessa a ideia de completude interna, porque contra ela a dinâmica social se impôs de modo inexorável. A cláusula geral é fator decisivo dessa mudança paradigmática, não somente pela possibilidade de integração de situações do caso concreto, mas também pelo aproveitamento de legislação externa à própria codificação.

Nesse sentido, o Código Civil de 2002 não representou a eliminação da capacidade genética de formação de microssistemas. Pelo contrário, com a existência de permeabilidade através dos dispositivos abertos, será possível a interação com os minissistemas já existentes, bem como com os que vierem a ser criados. Isso é denominado de “*função participativa do Código Civil*”.⁹³ Tal função participativa é instrumentalizada com a cláusula geral. Em escala superior, conecta o Código Civil com a Constituição Federal de 1988 e permite a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas. Em escala inferior, permite o entrelaçamento das leis civis esparsas com o Código Civil. A cláusula geral representa fio condutor dos valores e princípios constitucionais para um sistema do direito privado reestruturado.

A partir desse delineamento inicial, conclui-se que a análise da cláusula geral depende do estudo e da concepção de sistema em direito. Coerente com as

⁹³ MAZZEI, Rodrigo. *Apresentação...* op. cit., p. LXV.

premissas deste trabalho, as abordagens ao derredor da cláusula geral serão feitas a partir da noção de Direito como sistema autopoietico. Com essa premissa, será analisada a função da cláusula geral dentro da teoria dos sistemas, as prestações que dela podem ser esperadas e os eventuais riscos na sua utilização.

3.2. PROPOSTAS CONCEITUAIS

Adverte Judith Martins-Costa que nos ensaios de um conceito de cláusula geral, a doutrina nada mais consegue do que identificar a diversidade de suas características.⁹⁴ No arrolar dessas características, numa primeira aproximação com o tema, o maior destaque é para o aspecto da cláusula geral como técnica legislativa que se opõe à casuística, encontrado na maior parte da doutrina brasileira, a partir do pensamento de Karl Engisch.⁹⁵

A técnica legislativa da casuística é a de regulamentação por *fattispecie*, na qual são fixados os critérios para aplicação da norma aos fatos. Isso ocorre por meio de tipificação de condutas, descrição de tipos de comportamento, em que ao intérprete é legada tarefa de mera subsunção, de encaixe da norma ao caso concreto. A marca da casuística, portanto, é a da determinação, que gera rigidez e a imutabilidade do sistema.

Afirma Judith Martins-Costa que essa contraposição entre a técnica da cláusula geral e a técnica da casuística, embora útil num primeiro momento aproximativo, pode gerar algumas distorções. Defende então que na contracorrente da casuística estaria a técnica de legislar através de normas dotadas de “*vagueza socialmente típica*”, também chamadas de normas vagas ou abertas.⁹⁶ Essa ressalva visa destacar que a generalidade não é característica exclusiva da técnica legislativa da

⁹⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé...* op. cit., p. 296.

⁹⁵ ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução J. Baptista Machado. 3ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbeinkian, 1988.

⁹⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé...* op. cit., p. 303.

cláusula geral, mas também pode ser identificada nos métodos legislativos através de princípios.

Os princípios jurídicos não raro são confundidos com as cláusulas gerais. Há cláusulas gerais que contêm princípios jurídicos, o que complica ainda mais a distinção. A cláusula geral da boa-fé é exemplo disso: fala-se indistintamente do princípio da boa-fé objetiva e da cláusula geral da boa-fé. Mas os princípios jurídicos diferenciam-se porque constituem fundamento jurídico de outras normas, já existentes ou ainda por vir (hipótese de princípios programáticos).

Para uma melhor distinção, elenca Judith Martins-Costa que, enquanto os princípios podem ser subdivididos em *inexpressos* e *expressos*, não há cláusula geral implícita.⁹⁷ Os princípios nem sempre são dotados de vagueza semântica, enquanto as cláusulas gerais necessariamente são (nos princípios dotados dessa vagueza semântica, o que pode ser entendido é que aí há uma cláusula geral que contém um princípio).

A distinção dos princípios, esclarece Robert Alexy, é o caráter *prima facie*.⁹⁸ Eles exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro de possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Daí que os princípios contenham razões que podem ser afastadas por razões antagônicas. Um princípio cede posição quando é conferido um peso maior no princípio contrário, o que se realiza por meio de carga argumentativa. As regras, por sua vez, exigem que se faça aquilo que elas ordenam. Diferentemente dos princípios, as regras têm uma determinação da extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades fáticas e jurídicas.

Assim, a cláusula geral é marcada pela técnica de redação de preceitos legais através de formas caracterizadas pela vagueza semântica, que indica imprecisão de significado. Essa imprecisão decorre de elementos intrinsecamente incertos, independentemente do grau de informação. As regras de significado não resolvem

⁹⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé...* op. cit., p. 333.

⁹⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2006, 103-104.

todas as questões possíveis. Mas a imprecisão de significado é intencional, vantajosa para o fim almejado; e não representa defeito.

A cláusula geral é norma com conteúdo não descritivo de específica conduta, mas sim definidora de valores e parâmetros hermenêuticos. Por isso, “o código deixa frequentemente a decisão jurídica dependente, não de uma descrição taxativa da situação a que corresponde a estatuição jurídica, mas de uma valoração por parte do intérprete”.⁹⁹

A solução material da situação não está contida de forma explícita na cláusula geral. A norma é ponto de partida e não de chegada do intérprete, sobre quem recai maior responsabilidade na interpretação e aplicação do Direito. Não é receita pronta, nem catálogo de soluções. Exige esforço do intérprete para concretização normativa diante das circunstâncias do caso. Na cláusula geral o julgador concorrerá para a formulação da norma jurídica, por ela não estar previamente desenhada.¹⁰⁰

Em linha comparativa, as cláusulas gerais são marcadas pela mobilidade, na proporção da intencional imprecisão dos termos que contêm, com utilização do princípio da tipicidade em grau mínimo. A abertura semântica obsta a pretensão de respostas para todos os problemas que se apresentam. As respostas devem ser construídas pelo aplicador do Direito, a partir de critérios valorativos.¹⁰¹ As cláusulas gerais “atuam tecnicamente como metanormas, cujo objetivo é o de enviar o juiz para critérios aplicativos determináveis ou em outros espaços do sistema ou através de variáveis tipologias sociais, dos usos e costumes”.¹⁰²

Para demonstração dessas características, tome-se o exemplo da cláusula geral da boa-fé objetiva, prevista no artigo 422 do Código Civil brasileiro, segundo o qual os

⁹⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Cláusulas gerais e segurança jurídica no Código Civil de 2002*. Revista Trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro: Padma, v.28, out./dez. 2006, p. 80.

¹⁰⁰ MAZZEI, Rodrigo. *Apresentação...* op. cit., p. LXXXIII.

¹⁰¹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé...* op. cit., p. 298.

¹⁰² *Ibid.*, p. 299.

contratantes são obrigados a guardar, quer na conclusão quer na execução dos contratos, o princípio da boa-fé. A norma não é descritiva do que sejam condutas de boa-fé, não tipifica os atos de boa-fé, nem contém hipóteses casuísticas. A mencionada norma remete a uma atividade valorativa adequada ao caso concreto.

A lei, portanto, não diz o que é boa-fé, mas instrumentaliza a jurisprudência a construir essa noção a partir de valores validados no ambiente social.

3.3. DISTINÇÃO DA CLÁUSULA GERAL NA COMUNIDADE EUROPEIA

A noção de cláusula geral pode verificar variações, a exemplo do que se constata na Comunidade Europeia. Nela foi imposta aos Estados-membros uma revisão na legislação interna de cada um deles sobre política de consumo. Essa iniciativa insere-se numa global “*consumer policy*” que a Comunidade Europeia vem desenvolvendo, mediante a adoção de medidas sofisticadas e exigentes.

Em 5 de abril de 1993, a Comunidade Europeia promulgou norma sobre cláusulas abusivas em contratos celebrados com consumidores, de n. 93/13/CEE, visando a tutela do consumidor, mas sobretudo a proteção e desenvolvimento do mercado interno. Essa tutela se desdobra na busca de harmonização interna e visa eliminar as denominadas cláusulas abusivas dos contratos celebrados entre fornecedores e consumidores. O alvo imediato da intervenção da Comunidade Europeia foram as cláusulas inseridas em contratos por adesão, não objeto de negociação individual, alheias à influência do consumidor. O aspecto fundamental daquela diretriz normativa baseou-se nas denominadas cláusulas abusivas.

Para uma maior concretização desse controle, foi elaborada uma lista de cláusulas potencialmente abusivas, com caráter meramente indicativo, funcionando como uma cláusula geral de controle e como estímulo aos legisladores nacionais. Não há um plexo de vedações impositivas, mas sim sedimentações valorativas que se expõem nas proibições-exemplo.

Diante de um determinado contrato que contenha uma cláusula inserida no rol das proibições-exemplo, o juiz deve realizar uma análise concreta do caso, em que além do tipo contratual deve também sopesar as circunstâncias do negócio jurídico. Da mesma forma, na legislação da Comunidade Européia, uma cláusula não prevista na lista não pode ser validada automaticamente.

Em Portugal, por exemplo, o tema das cláusulas gerais nos contratos por adesão é tratado no Decreto-Lei n. 446, de 25 de outubro de 1985, revisado a partir da edição da referida legislação da Comunidade Européia sobre o assunto.

Essa técnica de cláusula geral na Comunidade Européia, portanto, relaciona-se com a problemática dos contratos de adesão. Apesar disso, não perde correlação com o tema deste trabalho, porque o critério geral de controle é de que “*são proibidas as cláusulas gerais contrárias à boa-fé*”.¹⁰³ E para isso, o legislador intencionalmente se valeu de “*conceitos abertos*”, com remissão à atividade valorativa complementar por parte do intérprete, que “*consubstancia uma verdadeira revolução em relação ao clássico silogismo judiciário*”.¹⁰⁴

3.4. CLASSIFICAÇÃO

A cláusula geral é, na doutrina, classificada em: a) restritiva; b) regulativa e; c) extensiva.¹⁰⁵

A cláusula geral restritiva é aquela que delimita situações provenientes de regras ou de princípio jurídico. A remissão valorativa dessa espécie servirá para um contingenciamento do exercício de um direito. Em regra, tal espécie de cláusula geral, no âmbito do direito privado, atinge a liberdade absoluta, corolário do sistema jurídico liberal. Exemplos são a função social da propriedade e a função social do contrato. Ambas funcionalizam os respectivos institutos de direito privado,

¹⁰³ BARROS, José Manuel de Araújo. *Cláusulas contratuais gerais*. Coimbra: Coimbra, 2010, p. 8.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 8.

¹⁰⁵ MAZZEI, Rodrigo. *Apresentação...* op. cit., p. LXXXVI.

condicionando a liberdade de contratar e o direito de propriedade a valores socialmente relevantes. Interferem no amplo exercício de direitos, para contingenciamento de condutas que impliquem em abuso.

É regulativa a cláusula geral em que a polissemia é fonte de regulação de situações jurídicas. Mediante a eleição de determinado princípio, ocorre a regulação de uma vasta gama de casos. Exemplo dessa espécie é a regulação da responsabilidade civil objetiva e subjetiva. Através de conceitos vagos, a norma regula as conseqüências jurídicas do ato ilícito, sobretudo o dever de indenizar.

Por fim, é extensiva a cláusula geral que potencializa determinada regulação por expressa possibilidade de ampliação do conteúdo normativo, mediante a incorporação de princípios e regras previstos em outros instrumentos complementares. A Constituição Federal remete o intérprete a leis complementares em diversas matérias, a exemplo da matéria relativa a direito do consumidor.

Importante notar que a sistematização da cláusula geral, ao visar melhor conhecimento do tema, não implica em exclusividade de enquadramento. A cláusula geral da boa-fé, prevista no artigo 422 do Código Civil, é ao mesmo tempo restritiva e regulativa. Restringe a liberdade de contratar e regula a conduta dos contratantes, sempre com remissão à integração de valores socialmente aceitos.

3.5. FUNÇÃO DA CLÁUSULA GERAL NO AMBIENTE AUTOPOIÉTICO E GLOBALIZADO

Feitas as considerações necessárias à compreensão da cláusula geral como técnica legislativa imprescindível à abertura do sistema jurídico, importa analisar como este mecanismo opera no ambiente autopoiético.

Diante das questões que a globalização acarreta para a estrutura do direito privado, o sistema de produção capitalista eleva as questões jurídicas a outras dimensões, que superam os critérios normativos e hermenêuticos do modelo liberal fechado. No contexto da sociedade globalizada, o direito privado ganha novos contornos, outras

estruturas e possibilidades de decisões substancialmente legitimadas.¹⁰⁶ Nesse sentido, as cláusulas gerais representam instrumentos de experimentação do direito privado em novas dimensões, que possibilitam a incidência dos direitos fundamentais e a tarefa valorativa e criativa do intérprete.

Na sociedade globalizada, as fronteiras territoriais perdem importância para as fronteiras funcionais. O deslocamento de fronteiras altera o delineamento dos conflitos. Longe de uniformizar o discurso jurídico, a globalização o fragmenta e faz aumentar os conflitos. Conflitos que se tornam mais complexos de serem resolvidos também pela perda de fronteiras entre o direito público e o direito privado, conduzindo a um dos paradoxos da pós-modernidade. A denominada constitucionalização do direito privado é o epicentro dessa simbiose.

Para a teoria dos sistemas, essa perda de fronteiras é ao mesmo tempo necessária e arriscada. Necessária porque a abertura do microssistema do direito privado foi questão de sobrevivência. Diante de uma realidade dinâmica e plural, antes abordada em capítulo próprio, a manutenção de um regime jurídico fechado representaria a incapacidade cada vez maior de regulação da vida privada dos indivíduos. A cláusula geral funciona como resposta do sistema jurídico a essa necessidade de reestruturação.

O sistema jurídico tem na cláusula geral seus mecanismos de mediatização normativa. Representa não apenas a válvula de abertura, mas também o mecanismo de controle de interferências externas. Com isso, abre o sistema jurídico aos demais sistemas sociais, permitindo que o ordenamento jurídico absorva os valores socialmente relevantes e válidos num determinado momento histórico. E também fecha o sistema para as intromissões ilegítimas.

No âmbito do microssistema do direito privado, a sincronia se repete quando a cláusula geral permite o influxo dos direitos fundamentais nas relações entre particulares; e ao mesmo tempo obsta as condutas incompatíveis com os valores socialmente legitimados. Tal raciocínio permite a compreensão da cláusula geral

¹⁰⁶ SIMIONI, Rafael; FERRONATTO, Rafael; FERRETO, Karine. *Cláusulas gerais...* op. cit., p. 251.

como código binário que traduz as condutas entre lícitas e ilícitas; possibilita a interdependência cognitiva e autonomia operacional do sistema jurídico e do microsistema do direito privado.

O Direito se regenera a partir do embate entre o lícito e o ilícito. Entretanto, numa economia globalizada, o fenômeno da autoreferência dos sistemas implica na liberação de cada um dos setores em relação aos demais, numa ampla autonomia dos processos decisórios, nem sempre vinculados às regulamentações globais. A cláusula geral pode desempenhar a função de autoregulação setorial, como filtro das condutas lícitas e ilícitas.

Os processos decisórios, no contexto globalizado, são cada vez mais setoriais. Os setores autoorganizados da sociedade criam suas regras próprias, impulsionados por seus próprios objetivos. Essa tendência autoregulativa cresce na medida da complexidade social e do volume das atividades. Os códigos universais não acompanham essa dinâmica e deixam de ser considerados pelos atores dessa sociedade complexa. A cláusula geral realiza a tarefa comunicativa entre as regulamentações setoriais e as normas globais. Aproxima as regras criadas por cada setor, conectando-as com os princípios e valores eleitos pela sociedade. Assim gera maior legitimidade e consenso, elementos fundamentais para a sustentabilidade do sistema autopoietico.

No setor econômico, por exemplo, a complexidade dos negócios segue regras próprias, premidas pela busca incessante do lucro. Na economia dos capitais transnacionais, os negócios jurídicos são realizados através de contratos cada vez mais atípicos e sofisticados, distantes das regras contratuais tradicionais. Produz seus próprios elementos, regras próprias. Essa atividade autoreprodutiva pressupõe a emergência de um código binário específico, centro de gravidade, capaz de guiar uma rede circular sistêmica, ao mesmo tempo fechada e aberta de operações. A cláusula geral desempenha tal papel.

A cláusula geral constitui o instrumento de teste da legalidade/ilegalidade dos diversos setores autoorganizados da sociedade. Permite a diferenciação de subsistemas através da criação de normas próprias, sem prejuízo da função

comunicativa entre eles. Técnica legislativa que é cláusula operativa dos subsistemas e garante a abertura ao meio envolvente, sem perder a sua autorreferencialidade. Essa função da cláusula geral no contexto globalizado confirma que a abertura de um sistema não depende de regulação exógena direta para garantia da adaptabilidade ao meio envolvente. Pelo contrário, confirma que a sobrevivência e a estabilidade dos setores organizados depende da sua capacidade de autorregulação.

Ao atuar dessa maneira, a cláusula geral garante a autonomia do direito como subsistema autopoiético de comunicação. Essa técnica legislativa pode ser compreendida, enfim, como “*princípio energético de um processo de auto-reprodução recursiva, fechada e circular de comunicações especificamente jurídicas*”.¹⁰⁷

Outra importante função da cláusula geral, na sociedade globalizada, é a de solução de conflitos. Através delas podem ser desenvolvidas “*normas substantivas visando a harmonização das diferentes racionalidades sistêmicas*”,¹⁰⁸ num processo recíproco de reconciliação de diferentes subordens autônomas. O Direito pode orientar-se pela solução de conflitos ao seu próprio interior. Aumenta a cada dia a tendência de criação de regras próprias para solução de conflitos, através de processos extrajudiciais.

A perda do monopólio do Estado sobre o Direito galopa com a crescente internacionalização da atividade econômica. As arbitragens internacionais proliferam. A tendência de autorregulamentação dos conflitos tem na cláusula geral elemento de propulsão. Por permitir a comunicação intersistêmica, a cláusula geral contribui para soluções segundo critérios mais especializados, embora compatíveis com as demais expectativas normativas.

¹⁰⁷ ANTUNES, José Engrácia. *Prefácio...* op. cit. p. XXI.

¹⁰⁸ TEUBNER, Gunther. *O direito como...* op. cit., p. 221.

3.6. A CLÁUSULA GERAL DA BOA-FÉ OBJETIVA NO SISTEMA AUTOPOIÉTICO DO DIREITO

As considerações anteriores apontam para a noção de que a cláusula geral é mecanismo de materialização do direito privado. Desataca Gunther Teubner que “*materialização significa assegurar a dependência das estruturas de expectativas contratuais de mecanismos regulatórios não-consensuais extremamente variados*”.¹⁰⁹

O Direito exige mecanismos internos e próprios de resolução de conflitos. Esses embates acontecem tanto entre sistemas sociais quanto internamente no sistema jurídico. Ao tema deste trabalho, interessa analisar o modo de atuação desse mecanismo no campo das relações contratuais. Nele são manifestados problemas relacionados com o elevado nível de complexidade e de diferenciação social, que demandam parâmetros de harmonização e coordenação de exigências dos atores sociais.

Para tanto, é necessário se repensar o contrato como um sistema autopoietico, inserido num meio de outros sistemas dessa mesma espécie. O contrato deixa de ser visto apenas como um acordo de vontades e passa a ser visto sob o prisma de uma relação social regulada pelo Direito. A concepção da relação contratual como processo, tratada em capítulo anterior, adota a noção de sistema, na medida em que percebe no vínculo obrigacional seus elementos dinâmicos.

A cláusula geral da boa-fé objetiva deve ser assimilada a partir do modelo relacional, que considera as expectativas particulares e recíprocas dos contratantes, sem perder de vista a avaliação do seu impacto sistêmico. A relação contratual, segundo esse raciocínio, é um sistema de interação que se autorreproduz pelas próprias partes contratantes. As estruturas contratuais resultam não apenas dos interesses particulares das partes, no âmbito da informação interna, mas também da interferência externa do ordenamento jurídico, que atua com elevado grau de

¹⁰⁹ TEUBNER, Gunther. *O direito como...* op. cit., p. 230.

informação, mediante as cláusulas gerais. Surgem elementos não meramente consensuais, capazes de promover a adequação interna do contrato às exigências do meio social envolvente.

A boa-fé atua na redução dos conflitos no sistema contratual. Interfere na relação contratual pela gênese de normas sociais de conduta que não estão expressas em lei, com função conformadora da conduta das partes. Interfere na relação contratual pela regra de conciliação entre as expectativas das partes e as estruturas institucionais, mediante imposição de obrigações adicionais e limitação de direitos. Interfere, por fim, numa perspectiva autopoietica do Direito, como mecanismo de mediação dos conflitos entre o subsistema do direito privado e os demais sistemas sociais.

3.7. RISCOS

A importância da cláusula geral é proporcional aos riscos de sua má utilização. Os desvios podem provocar efeitos perversos no sistema jurídico, tornando-a nociva à segurança e estabilidade do ordenamento. A possibilidade de reverso das cláusulas gerais é notada por Franz Wieacker, para quem “*em épocas de predomínio da injustiça, elas favorecem as pressões políticas e ideológicas sobre a jurisprudência e oportunismo político*”.¹¹⁰

Analisada sob a perspectiva das decisões jurídicas, a cláusula geral não pode abrir caminho para o arbítrio judicial. A construção é valorativa e não subjetiva. A valoração hermenêutica não significa discricionariedade pura do juiz, que deve atuar de forma vinculada aos princípios substanciais do ordenamento jurídico, mediante fundamentação racional e controlável pelas vias recursais.

Essa construção valorativa pressupõe uma “*sensibilidade ética dos intérpretes*” e um “*momento racional*”¹¹¹, que permita a apreensão do sentido da cláusula geral. Esse

¹¹⁰ WIEACKER, Franz. *História do direito...* op. cit., p. 546.

¹¹¹ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Cláusulas gerais...* op. cit., p. 83.

sentido é substancial e não formal. O grau de incerteza inerente à vagueza semântica da cláusula geral deve ser mitigado com a força imperativa dos valores e princípios constitucionais.

Na análise das circunstâncias concretas do caso, o juiz tem a tarefa cognitiva guiada por vetores de otimização e concreção dos direitos fundamentais. A vinculação aos valores que norteiam o ordenamento é aferível pelos fundamentos das decisões judiciais. Portanto, ao aplicar uma cláusula geral, o juiz deve obedecer ao imperativo constitucional da fundamentação, por meio do qual demonstrará a compatibilidade entre a situação fática do caso e os valores remetidos pela norma.

Através das decisões judiciais também se constrói a realidade jurídica. A cláusula geral coloca para a função jurisdicional o desafio de conciliar a necessidade de coerência interna e de consistência do discurso jurídico, com as exigências dos sistemas sociais autônomos, com a complexidade e dinâmica que o caracterizam. Essa missão não pode ser desempenhada de modo meramente casuístico, ao sabor dos interesses de ocasião. A jurisdição deve ser exercida com o compromisso de concretização dos valores e princípios constitucionais, e isso exige atividade reflexiva e sistemática de equilíbrio entre as expectativas internas e externas do sistema jurídico.

A compreensão da cláusula geral, através da teoria do Direito como sistema autopoiético, é de fundamental relevância para o desempenho adequado da função interpretativa e integrativa.

CAPÍTULO IV – CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS SOBRE A BOA-FÉ

A análise das determinantes históricas é essencial ao estudo da boa-fé objetiva. É preciso associá-lo às origens do instituto, com a evolução da boa-fé no curso da história do Direito. Em retrospectiva, é necessária a demonstração das conexões ideológicas que impulsionaram variações conceituais, não raro com utilização da boa-fé para alcance de interesses dominantes.

4.1. DIREITO ROMANO

As origens da boa-fé remetem inicialmente à análise de suas noções no direito romano. A *fides* romana representa a base conceitual da boa-fé. Apesar de sua variedade semântica, a *fides* primitiva traz em comum a noção de respeito à palavra dada. Mas a questão das origens romanas da boa-fé atormenta quem a ela se dedica, pelas dificuldades de acervo documental histórico e de reconstrução precisa do meio social e cultural da época. Em decorrência dessas dificuldades, estudos sobre as origens da boa-fé às vezes adquirem veios especulativos ou tendentes ao transporte, para a História, de aspectos mais modernos do instituto.

Na doutrina da boa-fé, impressiona o estudo feito por Menezes Cordeiro.¹¹² A obra traz importante contribuição para o estudo das raízes da boa-fé, sistematizado pelo autor sob três prismas semânticos: “*a fides-sacra, a fides-facto e a fides-ética*”.¹¹³

A *fides-sacra* encontra-se documentada na Lei das XII Tábuas, ao aplicar sanção religiosa contra o patrão que violasse a *fides* do cliente; no culto à deusa Fides, simbolizado na sua mão direita, representativa da entrega e da lealdade; e nos poderes atribuídos ao *pater*, no contraponto das fórmulas limitativas do seu exercício.

¹¹² CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2007.

¹¹³ *Ibid.*, p. 54.

A *fides-facto* recebe essa alcunha pela sua dissociação de contornos religiosos ou morais. É relacionada à noção de garantia, com vinculação a alguns institutos, como o da clientela.

A *fides-ética* representa a evolução do instituto para a noção incipiente de dever, “ainda quando não recebida pelo Direito”,¹¹⁴ na medida em que a garantia migrou para a pessoa, com contornos morais.

Tal panorama semântico da *fides* arcaica, entretanto, é alvo de críticas, conforme destaca o próprio Menezes Cordeiro, porque não permite um acervo seguro do seu significado.¹¹⁵ Faltam à *fides-sacra* informações mais precisas sobre o conteúdo da sanção aplicada. Na *fides-ética*, a dificuldade surge no confronto com a evolução histórica e concreta da cultura que precede a formulação de elevada abstração. Diante dessas variáveis, a noção da *fides* é objeto de conexões apenas plausíveis, dentre as quais importa destacar a sua correlação a uma “*adstrição de comportamento*”.¹¹⁶ No que interessa ao tema deste trabalho, é importante o resgate de manifestações concretas da *fides*, presentes nas relações com a clientela e nos negócios contratuais. As relações de clientela eram travadas numa estratificação social de pessoas juridicamente desiguais, com graduação entre o cidadão livre e o escravo. Da relação entre eles emanavam deveres de lealdade e de obediência, em troca de promessa de proteção. Essa vertente da promessa de proteção (*fides-promessa*) tornou-se campo evolutivo fértil, com funções correspondentes em diversos outros institutos. Evoluiu do formalismo exterior da promessa para um significado intrínseco; e progrediu com a atenuação dos elementos de sujeição e predominância da palavra dada.

Além desse âmbito de aplicação nas relações internas, vale notar que a *fides* também se fez presente nas relações dos romanos com outros povos. Nas relações externas, ela assume características diferentes, em síntese, de instrumento de

¹¹⁴ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé...* op. cit. p. 56.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 56.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 58.

juridicidade da expansão romana sobre outros povos, ocorrida nos Séculos II e III a. C., mediante tratados internacionais, embora não livremente celebrados. Com a intensificação do processo de dominação, tais instrumentos jurídicos tornaram-se, essencialmente, meio de subjugação.

Apesar das conturbações verificadas na evolução da *fides*, como reflexo das transformações sofridas pela sociedade e realidade romanas, dela são extraídas importantes conseqüências. Da *fides* surgiram duas vertentes relevantes para a evolução jurídica: a primeira delas apresentada como núcleo de relações internas de uma coletividade (relações intrassubjetivas); e a outra posicionada no centro de relações entre sujeitos distintos (relações intersubjetivas). Para cada uma delas, diferentes funções.¹¹⁷

Nas relações intrassubjetivas assumiu função de autolimitação e de proteção; enquanto que nas relações intersubjetivas a função foi de garantia à palavra dada. Esta última teve no campo dos contratos consensuais (a exemplo da compra e venda) sua base de incidência, em razão de a espécie contratual não contar com a proteção processual do Estado por conta da inexistência de correspondente ação. A validade desse tipo de contrato não exigia obediência à determinada fórmula e a *fides* nele se apresentava também de modo informal.

Essa informalidade é explicada diante do avanço das relações mercantis, as quais reclamavam proteção própria, independentemente do reconhecimento estatal.¹¹⁸ Nas relações negociais entre os privados, a *fides* funcionava como “*elemento catalisador*” do conteúdo econômico dos contratos, ao atribuir às partes a necessária consciência do “*conteúdo concreto dos interesses*” que se encontravam no ajuste.¹¹⁹

¹¹⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé...* op. cit., p. 114.

¹¹⁸ Ibid., p. 115.

¹¹⁹ Ibid., p. 116.

Com a expansão territorial romana, o sistema jurídico das ações revelou-se progressivamente incapaz de acompanhar a evolução econômica. Tal sistema deixou de ser utilizado, na proporção dessas mutações. Com o advento da *Lex Aebutia* (130 a. C.), a mudança do sistema jurídico foi implementada. Oficializou-se o processo formulário, com feição descritiva. Num contexto de reformas, agrega-se à *fides* o adjetivo *bona*. A *fides bona* passou a vincular as partes a certa expectativa de conduta, sob a égide da retidão.

No período clássico, o direito pretoriano passou a relacionar a *fides bona* a instrumento de exercício da jurisdição, em procedimento denominado de *bonae fidei iudicium*. Esse procedimento representou outro traço evolutivo do direito romano, fundado na tipicidade das reclamações judiciais (o direito dependia de uma fórmula típica). Os *bonae fidei iudicium* constituiu procedimento distinto, porque a pretensão do demandante não tinha fundamento no texto expresso da lei, mas sim na boa-fé, que deveria ser demonstrada. Os efeitos práticos dos *bonae fidei iudicium* na composição dos litígios são indicados por Menezes Cordeiro, em alusão às figuras das exceções e da permissão de compensação.¹²⁰

A banalização do uso da *bona fides* ocasionou a sua diluição. Foi reduzida a tópico formal, misturada com outras figuras similares. Mas, sem dúvida alguma, as raízes romanas formaram importante base de sustentação para a boa-fé e seus contornos atuais. No campo do direito dos contratos, deixou às partes contratantes o legado da necessária consciência do conteúdo concreto dos interesses do ajuste, vinculando-as a certa expectativa de condutas, com contorno de norma jurídica de comportamento, baseada na retidão e probidade. No âmbito da jurisdição, de certa forma plantou a possibilidade de pretensão com fundamentos não exatamente expressos no texto de lei. Semeou, ainda, meios facilitadores de solução de litígios, preconizando o valor da justiça substancial.

¹²⁰ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé...* op. cit. p. 81.

4.2. DIREITO CANÔNICO

O uso retórico da boa-fé foi elemento atrativo para o direito canônico. A Religião Cristã é, formalmente, uma religião retórica.¹²¹ O uso da linguagem passa pelo plano comunicativo e alcança o objetivo da conversão. Sob a influência do Cristianismo, verifica-se o alargamento da utilização da boa-fé, com a ocorrência de uma unificação conceitual, em contraposição à ideia de pecado, portanto, em oposição à má-fé.

Enquanto no direito romano a boa-fé continha elementos contrários à fraude, com traço de regra jurídica de conduta pautada na retidão e probidade, no direito canônico passou a reportar-se a violação de valores transcendentais. Houve um fortalecimento do conteúdo ético do instituto, com redução do tecnicismo. E foi “*dentro do espírito do pensamento cristão que a boa-fé evoluiu de um conceito técnico-jurídico para uma dimensão axiológica*”.¹²² Essa dimensão axiológica seguia o espírito do pensamento cristão.

O impacto da ideologia cristã no direito dos contratos pode ser dimensionado com o peso atribuído ao valor moral de uma promessa. Mente quem quebra a promessa feita no contrato. A quebra do consentimento equivalia, assim, ao ato de pecar. Sem perder de vista as interferências que as ideologias dominantes exercem sobre o Direito, possível é dimensionar o interesse da boa-fé para a doutrina cristã, alinhada com os seus princípios gerais.

Com tais interesses metajurídicos não é de se estranhar que, no direito canônico, a boa-fé não tenha desempenhado papel específico no domínio dos acordos individuais. Excetuada o campo retórico, “*a boa-fé desapareceria, na prática, do Direito das obrigações, donde é originária*”.¹²³

¹²¹ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé...* op. cit. p. 149.

¹²² SLAWINSKI, Célia Barbosa Abreu. *Contornos dogmáticos e eficácia da boa-fé objetiva: o princípio da boa-fé no ordenamento jurídico brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 39.

¹²³ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé...* op. cit. p. 159.

Todavia, essa dimensão axiológica da boa-fé, conjugada com o legado técnico do direito romano, posteriormente sob a influência do humanismo, explica a trilha do especial significado hoje atribuído à boa-fé, como “*princípio geral ordenador da matéria obrigacional*”.¹²⁴

4.3. DIREITO ALEMÃO

Na história do direito alemão, a boa-fé objetiva aparece de forma mais concreta com o instituto medieval do “*juramento de honra*”¹²⁵ e nas práticas comerciais. Embora baseado na palavra dada, o juramento de honra migrava de um espectro subjetivista para uma seara objetiva, de parâmetro coletivo e correspondência de deveres. Juridicamente, no juramento de honra importava verificar a estrutura da relação obrigacional (vínculo entre débito e responsabilidade). Tal estruturação é posta em consideração ao interesse do *alter*. Quem jurava por honra o fazia não apenas em interesse próprio, mas também com indução do interesse do próximo ou da coletividade.

Diferentemente do direito francês, que concebia a boa-fé como reforço do pactuado, a dogmática e a jurisprudência alemãs trabalharam a obrigação em linha de cooperação, respeitada a dimensão e o legítimo interesse de cada um dos contratantes. O direito medieval alemão, assim, abriu caminho para a consideração do interesse da outra parte, assentando substrato cultural que mais tarde sedimentaria pujante evolução no conceito de boa-fé.

A atual concepção de boa-fé, como regra de conduta, surgiu “*da prática comercial alemã de épocas medievais*”.¹²⁶ Pela falta de uma organização política centralizada, os tribunais comerciais julgavam as demandas sem uma base legislativa homogênea, mas por critérios socialmente aceitos, dentre os quais a boa-fé. Interessante notar que o direito alemão possui terminologias distintas para a boa-fé

¹²⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé...* op. cit., p. 115.

¹²⁵ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé...* op. cit. p. 159.

¹²⁶ FRITZ, Karina Nunes. *Boa-fé objetiva na fase pré-contratual*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 91.

subjetiva (*guten Glauben*) e para a boa-fé objetiva (*Treu und Glauben*): “*Treu significa fidelidade, lealdade e Glauben, crença*”.¹²⁷

A aplicação da boa-fé como regra de conduta pelos tribunais mercantis alemães pavimentou a inserção posterior desse princípio no diploma civil, que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1900.

A mudança de perspectiva alemã em relação ao direito subjetivo, fundamental à incidência da boa fé objetiva, foi destacada por Paul Oertmann, ao mencionar que, segundo o artigo 226 do *BGB*, o poder da vontade não poderia mais ser palanque de caprichos infundados, mas meio de “*satisfacción de intereses reales, socialmente reconocidos, de manera que ningún derecho pueda ser ejercitado más allá de lo que convenga al fomento de los intereses que está encargado de proteger*”.¹²⁸

Apesar da influência da doutrina pandectística, a prática jurisprudencial comercial interferiu na elaboração do texto legal, com indicação de que a previsão da boa-fé não poderia ser casuística. Mais uma vez a esfera econômica interferiu no sistema jurídico. O § 242 do *BGB* adota modelo aberto de dispositivo não por acaso. O sistema jurídico deveria ser apto a solucionar as questões comerciais variáveis, e a boa-fé objetiva apresentava-se como instrumento assimilado na cultura jurídica alemã para esse fim. O § 242 do *BGB* representa um marco na evolução da boa-fé objetiva. A partir dele foi significativamente ampliado o campo de aplicação do instituto, com evolução expansiva para todo o processo obrigacional.

A jurisprudência dos tribunais superiores alemães buscou acompanhar a evolução social e as transformações econômicas da Alemanha. Fez avanços importantes, a partir do reconhecimento da relação obrigacional como uma relação jurídica complexa, de contornos amplos, com a qual podem ser deduzidos deveres acessórios e deveres e proteção para ambos os contratantes, além de deveres pré-contratuais.

¹²⁷ FRITZ, Karina Nunes. *Boa-fé objetiva ...* op. cit., p. 91.

¹²⁸ OERTMANN, Paul. *Introducción al Derecho Civil*. 3ª Ed. Tradução de Luis Sancho Seral. Barcelona-Buenos Aires: Editorial Labor S/A, 1933, p. 49.

No âmbito do direito dos contratos, a jurisprudência alemã projetou a norma do §242 a uma dimensão sem precedentes. Mais do que norma corretiva e princípio interpretativo, esse dispositivo foi interpretado como “*fundamento unitário da própria obrigação, de modo a que todas as restantes prescrições do direito das obrigações aparecem apenas como manifestações deste princípio*”.¹²⁹ Por conseguinte, em termos de política do Direito, essa posição hermenêutica é capaz de atribuir ao juiz o poder de modificar ou ab-rogar outra norma que, isoladamente, contrarie esse fundamento.

Ainda nos avanços no domínio da Parte Geral do *BGB*, relacionados à boa-fé, foram compatibilizadas a teoria da declaração de vontade e da conclusão negocial. A boa-fé foi o elemento utilizado na “*transição da teoria da vontade da pandectística para o princípio da confiança ou vigência*”.¹³⁰ A boa-fé alemã caminhou para a objetivação da conduta, independentemente do estado de consciência do agente. Na consideração da outra parte contratante, não importa a intenção do agente, que deve ser conduzido por parâmetros de conduta socialmente aceitos.

Mais do que isso, a experiência alemã projetou a boa-fé para além do contrato, fazendo-a incidir sobre diversas outras situações jurídicas, nas quais se impõe o dever de consideração, onde ela atua como “*fonte de deveres*”¹³¹, consagrada como “*parágrafo real do BGB*”.¹³²

Por outro lado, a experiência jurídica alemã revela exemplo de desvirtuamento da utilização da boa-fé, na fase de dominação nacional-socialista. No período entre 1933 a 1945, ocorreu a “*politização da boa-fé objetiva*”,¹³³ com investidas para obtenção de respaldo jurídico ao regime totalitarista. Um dos alvos foram as cláusulas gerais, propícias para a manipulação ideológica em razão da vagueza

¹²⁹ WIEACKER, Franz. *História do direito...* op. cit., p. 608.

¹³⁰ *Ibid.*, p.594.

¹³¹ FRITZ, Karina Nunes. *Boa-fé objetiva...* op. cit., p. 91.

¹³² *Ibid.*, p. 91.

¹³³ *Ibid.*, p. 96.

semântica que carregam. A ideologia totalitarista e racial atentou contra a concepção do direito privado a partir do indivíduo, com a defesa de um sistema jurídico unido pela coletividade seletiva do povo ariano. A mitigação do direito civil no campo individual visou o completo controle estatal sobre o direito privado, período em que foi absorvido pelo direito público, com eliminação total das fronteiras entre as duas esferas.

A força da boa-fé objetiva gerou especial atenção do regime nazista. Seu conceito e aplicação deveriam estar a serviço do regime, por inoculação dos programas da ideologia dominante nas relações privadas. O poder da boa-fé era tamanho que, através dela, poder-se-ia alterar “*todo o direito civil sem que uma única alteração legal fosse necessária*”.¹³⁴ Essa transformação evidentemente passava pelo controle do judiciário, serviçal do poder totalitário e instruído para a prática de uma hermenêutica subalterna da boa-fé objetiva.

Apenas a partir de 1950, foi retomado o desenvolvimento do instituto da boa-fé objetiva, por meio da reconstrução do sistema judiciário alemão.¹³⁵

O panorama histórico da boa-fé no direito alemão é rico por vários motivos. Revela como uma cultura jurídica pode ser construída, depois abalada e reconstruída a partir do instituto da boa-fé objetiva.

Comprova a pertinência da teoria dos sistemas, com exemplos contrastantes do correto e do incorreto funcionamento do sistema jurídico. A evolução da boa-fé, mediante a construção jurisprudencial e dogmática alemãs, resultou da capacidade autorreferencial e autorreprodutiva do sistema jurídico alemão. A boa-fé contribuiu para a autonomia desse sistema, mas também foi o algoz de sua subserviência nos tempos totalitários.

¹³⁴ FRITZ, Karina Nunes. *Boa-fé objetiva...* op. cit., p. 99.

¹³⁵ *Ibid.*, p. 101.

Alerta para o poder normativo da boa-fé objetiva. Confirma que as cláusulas gerais não apenas possibilitam a abertura do sistema jurídico para os outros sistemas sociais, mas também funciona como autorregulamentação do próprio sistema jurídico.

Confirma que o desequilíbrio sistêmico é capaz de ideologizar a boa-fé, ao ponto de torná-la meio de dominação jurídica, em razão da hipertrofia dos elementos políticos. Em decorrência dessas deformações, a experiência alemã ratifica que a boa-fé pode ser vitimada por essa nefasta interferência política e perder a capacidade de mediatização das relações privadas.

Finalmente, a história da boa-fé no direito alemão aponta, num sentido mais amplo, para os riscos da perda das fronteiras entre o direito público e o direito privado, com a perda das garantias individuais e das liberdades pela dominação totalitária, não diferenciadora dos indivíduos. Adverte Roxana Borges que quando os indivíduos e a sociedade são absorvidos pelo Estado, estes desaparecem e surgem as “*trevas do totalitarismo*”.¹³⁶ Reforça, assim, a noção de que as garantias fundamentais do indivíduo não dispensam a preservação do direito privado, baseado no princípio da exclusividade.

O legado da boa-fé no direito alemão registra o poder de regeneração do sistema jurídico, a partir da retomada da independência das instituições, especialmente do judiciário, e do comprometimento com valores da liberdade, dignidade, solidariedade e igualdade. Por tudo isso, a experiência da boa-fé no passado revela a importância desse instituto e a responsabilidade que os operadores do direito precisam ter na sua aplicação.

¹³⁶ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade...* op. cit, p. 97.

4.4. OUTRAS REFERÊNCIAS NO DIREITO COMPARADO

4.4.1. Direito francês

A experiência jurídica francesa, em recorte compatível com o escopo deste trabalho, remete ao marco do Código Civil que vigorou a partir de 1806. Conforme destacado em capítulo anterior, aquele diploma legal, embora inserido no contexto da Revolução Francesa de 1789, não representou propriamente um rompimento radical como a cultura jurídica do período pré-revolucionário, mas sim uma evolução do pensamento jurídico anterior.

A inovação mais intensa ocorreu no aspecto da forma, marcado pela reunião de diversas normas em um só corpo legal, com aspirações universais. A pretensão de aplicação universal da lei civil é expressão do princípio da igualdade formal, ideário da revolução francesa, diante da necessidade de combate das divisões sociais do sistema anterior, para liberação das barreiras à propriedade dos bens e dos meios de produção.

A base teórica para tal sistematização, tendo em vista a formação da comissão encarregada da elaboração do Código Francês, foi construída a partir dos glosadores e dos pré-glosadores, em seguida com forte influência dos humanistas (com o Renascimento), e posteriormente impactada com o racionalismo.¹³⁷ Na perspectiva de evolução do pensamento jurídico, o Código Civil francês trouxe disposições referentes à boa-fé. Em linhas gerais, a boa-fé, na referida codificação, é noção que permeia os institutos da posse e dos contratos.

De forma não taxativa, Menezes Cordeiro enumera menções à boa-fé, dentre outras, quanto ao casamento putativo (artigos 201 e 202); ao possuidor de boa-fé sobre os frutos (artigos 549 e 550); ao dever de executar as convenções de boa-fé (artigo 1.134 e 1.135); ao pagamento recebido e feito de boa-fé (artigos 1.238 e 1.240).¹³⁸

¹³⁷ DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. *Teoria dos atos próprios no princípio da boa-fé*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 59.

¹³⁸ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé...* op. cit. p. 246.

As disposições contidas nos artigos 1.134 e 1.135 despertam especial atenção. O primeiro deles tratou da força obrigatória dos contratos para as partes. Apesar da carga ideológica liberal daquele dispositivo, dele emergiu noção de fortalecimento dos contratos, por força do dever de lealdade.

A noção de boa-fé é expandida, a partir do Código Civil francês, por contribuições doutrinárias e jurisprudenciais. Inicialmente, a doutrina evoluiu para um maior alcance subjetivo da noção de boa-fé, pelo ideal de completude do sistema (avesso aos conceitos abertos típicos da boa-fé objetiva). A análise da boa-fé na experiência jurídica francesa é associada à influência da escola exegética. Com remissão das soluções à estrita letra da lei, o modelo legal do *Code* era oposto ao desenvolvimento aberto do conceito de boa-fé.

Essa influência explica os percalços que o desenvolvimento da boa-fé objetiva enfrentou no direito francês, mesmo com a evolução da exegese para a fase denominada de material. Impregnada pela cultura jurídica napoleônica, a experiência francesa consagrou a boa-fé subjetiva. A escola exegética não conseguiu dar o alcance devido à boa-fé contratual.

Alguma expansão da noção objetiva de boa-fé no direito francês foi feita a partir do declínio da exegese, com releitura da regra do artigo 1.134, na busca de interpretação material dos contratos, conforme finalidade real das partes e substância efetiva da avença. Mas essa expansão foi contida pela falta de abertura do sistema jurídico francês e, por conseguinte, impossibilidade de alcance de princípios e valores necessários à integração do conceito de boa-fé objetiva.

4.4.2. Direito italiano

O direito civil italiano, em matéria de contrato, sofreu influência da experiência francesa, adotada como modelo para o Código de 1865. Demonstra tal inspiração a redação de um Projeto franco-italiano das obrigações e dos contratos, no ano de 1927, pensado para unificar a matéria em ambos os territórios. Embora esse projeto

não tenha prosperado, foi, em grande parte, aproveitado no Código italiano de 1942.¹³⁹

A análise da experiência jurídica italiana não pode ser dissociada do fenômeno do fascismo e de seus reflexos. O ordenamento jurídico deveria estar conforme aquela ideologia dominante: o Código de 1942 foi editado, e entrou em vigor, em pleno regime fascista.

O fenômeno político e social do fascismo foi fomentado por meio da ideologia do corporativismo, contraposta ao liberalismo e individualismo. Os interesses individuais e de classe deveriam ceder espaço para o interesse superior da nação, em um ordenamento jurídico das relações sociais. O choque entre as ideologias é evidente e interessa saber os seus efeitos no direito dos contratos e consequente dimensão da boa-fé naquele contexto.

A penetração formal da ideologia fascista no ordenamento jurídico italiano ocorreu com a legislação sindical de 1926, que resultou na supressão dos sindicatos operários. O trabalho de elaboração do Código Civil de 1942 deveria seguir a orientação ideológica do regime, com prevalência dos aspectos políticos sobre a parte técnica, de modo a contribuir para a consolidação do fascismo. Os princípios firmados na Carta do Trabalho deveriam nortear os mais diversos institutos jurídicos, inclusive o contrato.

Assim é que, na regulamentação dos contratos do Código de 1942, a autonomia ou a liberdade de contratar foi posta em estado de subordinação aos princípios da disciplina e da solidariedade corporativa. Diversos dispositivos remetem a integração do contrato às normas corporativas (a exemplo dos artigos 1.474, 1.515, 1.596, dentre outros). Nesse contexto, cumpre destacar o artigo 1.175, como princípio geral em matéria obrigacional, segundo o qual o devedor e o credor deveriam se comportar segundo as regras de correção, em relação aos princípios da solidariedade corporativa.

¹³⁹ ROPPO, Enzo. *O contrato...* op. cit., p. 52 e 53.

Apesar dessas referências, em matéria de contratos, a ideologia fascista trazia a seguinte máscara: por trás dos ataques verbais ao regime liberal, o fascismo não descartou os interesses e as exigências do capitalismo.¹⁴⁰ Os apelos à solidariedade corporativa, às exigências superiores da produção e aos interesses da nação, em verdade serviam aos interesses dominantes. Foi mantida a estrutura capitalista das relações econômicas e sociais. O fascismo não pretendeu atacar ou subverter o instituto do contrato.

Com a derrocada do fascismo, foi procedida alteração legislativa para supressão das referências à ordem corporativa, e os dispositivos do Código italiano foram adaptados à ordem democrática. Independentemente dos males e das perversões do fascismo, as referências legislativas a conduta de correção não podem ser recusadas como precursoras de limitação do dogma da vontade e da boa-fé como dever de conduta.

O caráter inovador do Código de 1942 não residiu apenas na recepção desses princípios, mas também pela unificação do direito das obrigações e dos contratos. Não obstante a contribuição dessa disciplina uniforme para o direito civil, não pode se perder de vista que tal medida veio em resposta a um estágio mais avançado do capitalismo, a demandar unificação que propiciasse respostas mais rápidas e seguras ao crescente fluxo de produção.

4.4.3. Direito brasileiro

4.4.3.1. Importância da obra de Teixeira de Freitas

Através da Lei editada em 20 de outubro de 1823, o Governo Imperial Brasileiro impôs a continuidade de vigência das ordenações, decretos e outras normas emanadas dos reis portugueses, até 25 de abril de 1821, enquanto não fosse organizado um novo diploma legal pátrio.

¹⁴⁰ ROPPO, Enzo. *O contrato...* op. cit., p. 59.

O marco legal mais relevante nesse primórdio legislativo brasileiro foi a vigência das Ordenações Filipinas, promulgadas em 1603 e que representam a primeira fonte legislativa. As Ordenações não foram uma compilação progressista. Além de retrógrada, a referida legislação continha inúmeras lacunas, razão pela qual deu ensejo a inúmeras normas marginais e também permitiu que o direito fosse integrado de forma consuetudinária.

Destaca Orlando Gomes a particularidade de que, no Brasil, as Ordenações compiladas para o reino de Portugal tiveram vida mais longa do que naquele país de origem.¹⁴¹ Essa vitalidade das Ordenações Filipinas é explicada, inclusive, pelo direito civil brasileiro ter constituído arcabouço jurídico mais fiel à tradição lusitana do que o próprio Direito Civil Português. A razão dessa singularidade não reside apenas na duração temporal das Ordenações Filipinas do Brasil, mas também na verificação de que Portugal estava mais propenso às influências exercidas no movimento de renovação legislativa, marcada pelo Código de Napoleão, dada a sua posição geográfica cultural mais próxima do movimento e, portanto, mais disposto à transformação legislativa que ocorreu no continente europeu, no Século XIX. Apesar das deficiências das Ordenações, elas consubstanciaram um “*direito de origem legislativa*”, com o traço distintivo da procedência estatal, essencial à compreensão de uma marca indelével do direito brasileiro: o centralismo jurídico.¹⁴²

Em 15 de fevereiro de 1855, o Governo imperial encomendou a Teixeira de Freitas a consolidação das leis civis, tendo em vista o estado caótico em que se encontrava a legislação no Brasil. Em trabalho notável, Teixeira de Freitas coligiu e classificou toda a legislação pátria, inclusive a portuguesa, anterior à Independência. O último estado da legislação foi organizado por meio de proposições claras e sucintas da legislação em vigor, com referência, em nota correspondente, da respectiva fonte que autorizava cada preceito, ou declaração de costume posto contra ou além do texto.¹⁴³

¹⁴¹ GOMES, Orlando. *Raízes históricas...* op. cit., p. 9.

¹⁴² MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé...* op. cit., p. 239.

¹⁴³ GOMES, Orlando. *Raízes históricas...* op. cit., p. 11.

A Consolidação das Leis Civis constituiu um marco no direito civil brasileiro. A percepção das relações civis como sistema, foi além de uma simples organização. Projetou uma estrutura de conceitos, estruturada do mais ao menos abrangente. A Consolidação foi assim organizada com uma parte Especial (subdividida em direitos pessoais e direitos reais), destacada de uma Parte Geral composta por elementos conceituais, de suporte geral e abstrato. A tarefa de ordenar e de classificar foi realizada tendo em vista a “*conexão imanente dos institutos*”¹⁴⁴, guiada pela noção de sistema interno, com rigor científico não atingido pelos codificadores franceses e que somente décadas depois veio a ser adotado na codificação alemã.

No *Esboço* que elaborou, Teixeira de Freitas evidencia uma capacidade de unificação do direito privado, de pensar o ordenamento em sua completude. Essa percepção total do ordenamento civil implicava na visão das relações jurídicas sob o prisma do real. Naquela perspectiva concreta, já era descortinado o caráter instrumental do direito, de regulação das relações humanas em suas infinitas situações. Na Parte Geral, Livro Primeiro, Seção III, do *Esboço*, a boa-fé aparece como elemento próprio dos atos jurídicos. Na tentativa de unificação do direito privado, a boa-fé é semeada a partir da projeção de norma interpretativa segundo os costumes do comércio, para dirimir dúvidas sobre cláusulas contratuais.

O legado da obra jurídica de Teixeira de Freitas tem que ser destacado, não apenas como fonte para a codificação brasileira posterior, mas também pelo caráter visionário das noções de direito como sistema, de totalidade e de concretude das relações jurídicas. Impressiona que, em meados do Século XIX, o direito nacional tenha recebido contribuições para teorias posteriormente desenvolvidas com base no elemento substancial das relações jurídicas, de onde surge a boa-fé.

4.4.3.2. O Código Civil de 1916 e a posterior evolução da boa-fé objetiva

Findo, em 1872, o contrato do Governo Imperial com Teixeira de Freitas, Clóvis Beviláqua recebeu a tarefa de elaboração do Código Civil brasileiro, sancionado e

¹⁴⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé...* op. cit., p. 239.

promulgado em 1º de janeiro de 1916 e com vigência a partir de 1º de janeiro de 1917.

O Código Civil de 1916 refletiu as aspirações da elite da época. Instituições básicas como a propriedade, a família, a herança, a produção e o trabalho, refletem a imagem de uma classe dominante que racionalizava os interesses básicos de uma sociedade ainda patriarcal, vivendo em uma nação embrionária, com atividade eminentemente agrícola, de caráter rudimentar e extensivo, servida até então por escravos.

Ao analisar as raízes históricas do Código Civil de 1916, anota Orlando Gomes que a estrutura agrária da época prendia o país em um sistema colonial, com predomínio dos interesses dos fazendeiros e dos comerciantes, aqueles produzindo para o mercado internacional e estes fazendo importação para o mercado interno.¹⁴⁵ A classe média era escassa e se concentrava no exercício dos cargos burocráticos. Para a organização social do país a racionalização dos interesses se processou por intermédio dessa classe média. A ordem jurídica, portanto, não tinha correspondência com a realidade, mas sim com determinados interesses. Observa o autor que a dependência externa brasileira implicou em adoção de modelos econômicos e sociais de países estrangeiros. Os grupos dominantes da classe dirigente, da burguesia agrária ou da burguesia mercantil, propositadamente, mantiveram o país no estado de subdesenvolvimento, para manutenção de seus privilégios.

A abolição da escravatura, seguida da Proclamação da República, desencadeou um novo espírito social. Passou a ocorrer concentração de riqueza decorrente do exercício da atividade mercantil, com especulação sobre os produtos agrícolas de exportação. Apesar disso, não se verificou importante alteração substancial e o sistema colonial foi mantido em suas linhas basilares.

¹⁴⁵ GOMES, Orlando. *Raízes históricas...* op. cit., p. 25.

O Código Civil de 1916 deve ser analisado sob essas contradições brasileiras. A primeira delas foi verificada entre os setores predominante da camada superior: enquanto a burguesia mercantil aspirava um regime político jurídico que lhe permitisse maior liberdade de ação, a burguesia agrária temia as conseqüências dessa ampliação. A segunda foi o fato do crescimento da classe média, especificamente devido à urbanização prematura do país, provocada não pela sua industrialização, mas pela expansão do comércio exportador dos produtos agrícolas.

O Código Civil de 1916 foi obra com aspirações de uma sociedade interessada em afirmar a excelência do regime capitalista de produção. Prevaleceram, por conseguinte, valores jurídicos liberais e conservadores, de preservação da segurança jurídica, com sistema pretensamente completo, enclausurado e blindado contra as interferências contrárias aos interesses dominantes. Tais características explicam a falta de espaço e de sentido para as cláusulas gerais no mencionado diploma legal. Prevaleceu a aceção subjetiva e a boa-fé tinha menções isoladas em alguns artigos, a exemplo dos artigos 1.443 e 1.444.

A ausência de uma regra de cunho geral da boa-fé, no âmbito do direito das obrigações, dificultou a evolução do instituto no direito brasileiro. A doutrina e a jurisprudência buscaram apoio nos artigos 85 do Código Civil e 4º da Lei de Introdução ao Código Civil.¹⁴⁶ A jurisprudência avançou no tema da boa-fé objetiva, com relevante contribuição de julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, e posteriormente do Superior Tribunal de Justiça.¹⁴⁷

Em relação à boa-fé objetiva, a experiência jurídica brasileira tem na Constituição de 1988 seu marco evolutivo, com a consagração do valor social da livre iniciativa como um dos fundamentos da República, nos termos do artigo 1º, inciso IV, do texto constitucional. A nova ordem constitucional desencadeou o processo denominado de constitucionalização do direito civil brasileiro, com incidência dos valores e princípios fundamentais nas relações privadas.

¹⁴⁶ SLAWINSKI, Célia Barbosa Abreu. *Contornos dogmáticos...* op. cit., p. 82.

¹⁴⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé...* op. cit., p. 382.

Para a boa-fé objetiva foi marcante, na experiência jurídica brasileira, a promulgação da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 (de proteção do consumidor). Em defesa do consumidor, foi utilizada técnica legislativa avançada, com inclusão da boa-fé como parâmetro de conduta nas relações de consumo, independentemente do estado de consciência do fornecedor e do consumidor. A boa-fé objetiva empregada para equilíbrio entre a proteção do consumidor e a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico.

Posteriormente, com a edição da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, entrou em vigor o novo Código Civil brasileiro, edificado com base nos princípios da eticidade, da socialidade e da operabilidade.

O princípio da eticidade consiste na busca de compatibilização dos elementos técnicos com os valores éticos inspiradores do ordenamento.¹⁴⁸ A boa-fé objetiva é exemplo de aplicação desse princípio, consagrada como cláusula geral, em matéria contratual, nos artigos 113, 187 e 422 do Código Civil. A adoção da técnica da cláusula geral é reflexo do princípio da operabilidade, com maior margem hermenêutica para o aplicador do Direito, conforme abordagem em capítulo específico deste trabalho.

O artigo 113 do Código Civil de 2002 traz a boa-fé na função de cânone interpretativo, segundo o qual os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar da celebração. O artigo 187, por sua vez, expressa a boa-fé na função de limitação ao exercício de direito subjetivo, tipificando como ilícito o ato jurídico praticado em desconformidade com os limites traçados pela finalidade econômica e social, pela boa-fé e pelos bons costumes. Por fim, o artigo 422 prescreve a boa-fé objetiva como regra de conduta, que deve guiar as partes na conclusão e na execução dos contratos.

¹⁴⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil: Parte Geral*. 11ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 51.

Importante notar que a o novo diploma civil não restringe a boa-fé dos contratantes à prestação, indo além dos aspectos patrimoniais da obrigação e alcançando situações existenciais que as partes experimentam ao longo do processo obrigacional, com proteção da integridade física, moral e psíquica dos contratantes.¹⁴⁹

¹⁴⁹ ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no código civil*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 98.

CAPÍTULO V – A BOA-FÉ OBJETIVA

Feitas as considerações históricas sobre a boa-fé, com análise da sua evolução conceitual nos principais períodos da história do Direito, e também dos marcos legais que plantaram as suas raízes no Brasil, é oportuna a fixação do conceito de boa-fé objetiva. O delineamento conceitual é auxiliado com a distinção do viés subjetivo do instituto, permitindo a compreensão das atuais funções da boa-fé objetiva e a correlação com a figura do abuso de direito.

5.1. CONCEITO

A boa-fé objetiva pode ser inicialmente conceituada como regra de conduta fundada na retidão, na honestidade, na lealdade e na consideração pelos interesses alheios.¹⁵⁰ A boa-fé objetiva é vinculante do comportamento das pessoas, que deve respeitar um conjunto de deveres de conduta, independentemente do seu estado de consciência. Essa vinculação ocorre antes, durante e depois da contratação.

Tal linha conceitual segue a concepção alemã de boa-fé objetiva, hoje prevalente na maioria dos ordenamentos jurídicos, inclusive no brasileiro. Distingue-se, assim, da noção francesa de boa-fé, que a compreende sob o prisma de reforço do pactuado.

A boa-fé objetiva indica a direção a ser buscada para verificação de qual conduta deve ser adotada em determinadas circunstâncias. É um instrumento de concreção de comportamento que remete a um juízo valorativo guiado pelos princípios e valores socialmente aceitos em determinada época. A boa-fé é “*adaptável e proteiforme*”,¹⁵¹ na medida em que o seu conteúdo será avaliado por critérios valorativos ditados pelo tempo, espaço e pessoas que figuram na relação. É um modelo ideal de conduta social ou, em outras palavras, aquela conduta social paradigmática. Importa para a boa-fé objetiva a ideia de conformidade da conduta com esse modelo ideal. No âmbito contratual, a incidência dessa regra de

¹⁵⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé...* op. cit., p. 412.

¹⁵¹ ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana...* op. cit., p. 82.

conformidade, inevitavelmente, implica em variações ao princípio clássico da força obrigatória dos contratos. Ela atenua a vinculação do contrato aos ditames voluntarísticos, em respeito a certos parâmetros “*de como o outro deve ser tratado*”.¹⁵²

O comportamento leal deve ser observado tanto no cumprimento de deveres como no exercício de direitos dele decorrentes. Esse comportamento leal deve presidir as ações das partes desde a fase pré-contratual, quando os negociadores devem não assumir posturas que não se desviem de uma negociação correta e honesta.¹⁵³

Cláusula geral típica, a boa-fé não enclausura no enunciado o significado da norma, mas indica modelo comportamental com diversos elementos interligados por uma unidade de lógica, concretizável diante das circunstâncias do caso concreto. A solução propiciada pela cláusula geral não é de cunho moral, mas sim jurídico, porque o enquadramento do caso é feito na moldura da estrutura, normas e demais modelos do sistema jurídico.¹⁵⁴ Essa ressalva é importante para que, do conceito de boa-fé objetiva, não se depreendam alternativas alheias ao controle das decisões.

A proteção jurídica da boa-fé e do princípio da confiança forma a base de sustentação do tráfego jurídico, razão pela qual Larenz defende que tais princípios devem ser aplicados a toda vinculação jurídica, e não apenas à contratual.¹⁵⁵ Pugna o referido autor ser a boa-fé um mandamento de conduta honrada, correspondente à finalidade geral e específica da vinculação jurídica.

Com isso, a regra de conduta da boa-fé é elevada ao patamar de princípio jurídico, norteador não apenas de condutas, mas também do próprio ordenamento jurídico. Nesse sentido emerge a sua dimensão axiológica. A boa-fé identifica-se com valores

¹⁵² SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Hermenêutica filosófica e direito. O exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 206.

¹⁵³ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé...* op. cit. p. 583.

¹⁵⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé...* op. cit., p. 413.

¹⁵⁵ LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones...* op. cit., p. 144.

dos direitos fundamentais, especialmente com o da dignidade humana, conforme já demonstrado em capítulo próprio deste trabalho. Diante desse caráter axiológico, verifica-se que a boa-fé objetiva, mais do que regra de conduta, é também princípio jurídico propulsor de outras normas do ordenamento, indutor de valores éticos e sociais nas relações de direito privado.

5.2. DISTINÇÃO DA BOA-FÉ SUBJETIVA

As notas distintivas da boa-fé subjetiva auxiliam a melhor compreensão do fenômeno da objetivação desse instituto. Na vertente subjetiva, a boa-fé constitui um estado de “*ignorância desculpável*”,¹⁵⁶ de modo que, a despeito do cumprimento dos deveres de cuidado impostos pelo caso, o sujeito desconhece determinadas eventualidades. A boa-fé subjetiva contém elementos éticos e normativos que estão imbricados no desconhecimento desculpável de certos fatos. Com ela, o Direito pretende preservar certas situações jurídicas materiais que elege merecedoras de tutela. Embora pretenda que as pessoas estejam de boa-fé, com sanções para quem age com má-fé, o Direito atua em certas hipóteses de maneira a preservar bens interessantes para o sistema. Exemplo disso é o do possuidor de boa-fé ou da proteção jurídica do terceiro de boa-fé. A boa-fé subjetiva tem correlação com condições psicológicas, que via de regra são concretizadas no “*convencimento do próprio direito, ou na ignorância de se estar lesando direito alheio, ou na adstrição ‘egoística’ à literalidade do pactuado*”.¹⁵⁷

Diferentemente da boa-fé objetiva, baseada num modelo social de conduta, a boa-fé subjetiva mergulha no estado psicológico do sujeito.

No sistema jurídico liberal, a boa-fé subjetiva foi mais aplicável no campo dos direitos reais. Interessava àquele modelo a garantia do acesso à propriedade imobiliária por uma nova classe, antes exclusivamente dominada pelos senhores

¹⁵⁶ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé...* op. cit. p. 516.

¹⁵⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé...* op. cit., p. 412.

feudais. Não foi por acaso que a boa-fé subjetiva alicerçou a teoria da usucapião e da aquisição dos frutos.

Em relação ao direito dos contratos, a prevalência da força obrigatória dos contratos explica a reduzida incidência da boa-fé subjetiva nos diplomas legais de origem liberal. Nesse campo contratual, a construção da boa-fé subjetiva, na vigência dos sistemas jurídicos fechados da época liberal, resultou da evolução jurisprudencial, no reconhecimento da necessidade de estabelecimento da justa medida à vontade daquilo que se interpreta.¹⁵⁸ No direito brasileiro, embora o Código Civil de 1916 não contivesse regra expressa sobre a boa-fé subjetiva, dispunha, no artigo 85, que nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção do que ao sentido literal da linguagem. Esse dispositivo legal permitiu a aplicação da boa-fé subjetiva em decisões judiciais.

Os capítulos anteriores deste trabalho, especialmente o que trata da abertura do sistema jurídico, trataram das causas e dos efeitos da transformação do direito privado, dentre as quais a objetivação da boa-fé tem destaque. O Direito regula condutas. A complexidade das relações no direito privado demandou fórmula de regulação por *standart* de conduta. Isso não implica em menosprezo ao papel da boa-fé subjetiva na evolução do ordenamento jurídico.

5.3. FUNÇÕES DA BOA-FÉ OBJETIVA

Delineados os aspectos históricos, conceituais e distintivos da boa-fé objetiva, interessa pesquisar as formas pelas quais atua. As funções da boa-fé, na maioria da doutrina, são classificadas em: a) hermenêutico-integrativa; b) de criação de normas jurídicas; e c) de limitação do exercício de direitos subjetivos.¹⁵⁹

¹⁵⁸ SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. *Aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares e a boa-fé objetiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 146.

¹⁵⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé...* op. cit., p. 427.

5.3.1. Função hermenêutico-integrativa

A função hermenêutico-integrativa da boa-fé objetiva é proeminência da sua natureza de cláusula geral. Através desse campo de aplicação, é realizada, pelo juiz, a concreção do plano de valoração do legislador. A interdependência entre a boa-fé e a hermenêutica integradora é destacada por Clóvis do Couto e Silva, especialmente nos ordenamentos jurídicos abertos.¹⁶⁰ Aqui a boa-fé não é limitada a mera interpretação da vontade das partes. Vai além, com o preenchimento dos espaços que podem surgir no desenvolvimento do processo obrigacional.

Importante destacar a contribuição do pensamento de Paul Oertmann, que já na década de 30 do Século passado destacava que os contratos haviam de ser interpretados em relação aos usos do comércio (artigo 157 do *BGB*). O mencionado autor preconizou que os aspectos não expressos no contrato, ou ao menos não tratados com a necessária clareza, deveriam ser preenchidos de acordo com os fins perseguidos e a prevalência da chamada “*voluntad constructiva*”.¹⁶¹

Para a compreensão dessa função integrativa fazem sentido os capítulos anteriores deste trabalho. A concepção do Direito como sistema autopoiético está no início do raciocínio. Com os atributos da autorreferência e da autorreprodução, o Direito é categorizado como subsistema social autônomo, constituído a partir de uma base comunicativa. A identidade do Direito é feita a partir da sua comunicação interna e da capacidade de selecionar a comunicação externa com os outros subsistemas. A autoipoiese é relacionada à capacidade de produção de elementos através dos próprios componentes do subsistema jurídico.

A função hermenêutica-integrativa da boa-fé é inserida nessa capacidade produtiva do subsistema jurídico. Contribui para a independência do Direito, pela capacidade

¹⁶⁰ SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação...* op. cit., p. 35.

¹⁶¹ OERTMANN, Paul. *Introducción al Derecho Civil...*, op. cit., p. 271.

de regular o próprio subsistema, com o preenchimento de lacunas, no equilíbrio da relação contratual e, por conseguinte, do ordenamento.

A concepção da relação obrigacional como processo vem em sequência. A perspectiva processual do fenômeno obrigacional imprime dinamismo ao vínculo. No curso do processo surgem situações jurídicas das mais diversas, desde antes da celebração do contrato, até a fase posterior de sua realização. Essa linha de entendimento adota a premissa de uma matriz concreta da relação contratual, com dialética marcada pela influência recíproca de elementos, do que resulta a transformação do todo. Posiciona-se a obrigação no âmbito do concreto, de situações jurídicas específicas.

O cânone hermenêutico-integrativo da boa-fé objetiva é relacionado à necessidade de enfrentamento das situações que surgem no desenvolvimento da relação contratual. A tarefa integrativa é exercida pelo juiz que, nas palavras de Franz Wieacker, não encontra apoio no texto contratual “*ni apelando a una interpretación literal del mismo (parágrafo 133), ni tomando en cuenta el valor de la declaración razonablemente apreciado o los usos del trafico*”.¹⁶²

Na função integrativa, importa verificar o sentido total da contratação, com “*interpretação da regulação objetiva criada no contrato*”.¹⁶³ Interpretação consoante a boa-fé, aos valores e padrões sociais contemporâneos ao ajuste, aos princípios do ordenamento. Interpretação unitária e de concreção. Dela decorre a compatibilização entre a vontade dos contratantes e os valores do ordenamento. O recurso interpretativo dessa envergadura contribui para a preservação da finalidade econômica e social do contrato, ao longo de sua trajetória. A hermenêutica com viés integrativo possibilita, portanto, o adimplemento substancial do contrato, apesar da ocorrência de fatores imprevistos na gênese da avença.

¹⁶² WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fe*. Madrid: Civitas, 1977, p. 53.

¹⁶³ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé...* op. cit., p. 431.

Ainda no entrelaçamento dos capítulos anteriores deste trabalho com o tema da integração hermenêutica, despontam as considerações sobre as cláusulas gerais. A boa-fé desempenha tal função porque tem estrutura jurídica de cláusula geral. Dotada de vagueza semântica, a boa-fé permite que o juiz preencha as lacunas inesperadas no curso contratual, mediante juízos valorativos compatíveis com o ordenamento e com o sentido da contratação. A tarefa valorativa, assim como destacado no capítulo das cláusulas gerais, não é arbitrária, mas vinculada aos princípios e valores do sistema. A necessária avaliação do contrato como relação total e concreta aprofunda a vinculação do juiz, desta feita ao sentido da avença, com os legítimos interesses de ambas as partes.

A função de integração hermenêutica é, assim, exemplo de aplicação da técnica das cláusulas gerais.

5.3.2. Função de criação de deveres jurídicos

A obrigação, na perspectiva total e completa, implica no reconhecimento da existência de complexidade interna nesse fenômeno jurídico. O vínculo obrigacional deixa de ser uma simples contraposição entre dever de prestação e direito de crédito. É desdobrado em diversos elementos jurídicos autônomos, capazes de transformar o conteúdo unitário numa “*realidade composta*”.¹⁶⁴ Essa complexidade interna é traduzida com o surgimento de diversas prestações principais e secundárias, a partir de elementos linguísticos constitutivos da base comunicativa interna do contrato. Expressam condutas que as partes devem seguir. As condutas humanas implicam em operações materiais de uma unidade jurídica, mas delas podem surgir outros comportamentos acessórios, vias secundárias ao destino final do contrato.

¹⁶⁴ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé...* op. cit. p. 586.

O destino final do contrato deve ser o da satisfação substancial dos interesses das partes, conforme valores e princípios eleitos no ordenamento jurídico, dentre eles a justiça e o equilíbrio contratuais, e a função social do contrato. O sistema repele as hipóteses de injustiça e de desequilíbrio no curso do processo obrigacional. Repulsa a ocorrência de sacrifício desmesurado, de onerosidade excessiva, de enriquecimento de uma das partes em detrimento da outra. Para evitar essas ocorrências, o ordenamento estabelece deveres instrumentais, de comportamentos colaborativos ao cumprimento adequado do contrato. O direito subjetivo que emana da relação obrigacional não pode ser exercido de qualquer modo ou a todo custo. Em contraste com a teoria liberal, o direito do credor vem acompanhado do dever de cooperação, de boa-fé, regra de conduta conforme padrões socialmente aceitos. Surgem, assim, os denominados deveres secundários, acessórios ou instrumentais.

Esses deveres anexos formam o núcleo da cláusula geral da boa-fé; e incidem, ora de positivamente, “*exigindo dos contratantes determinado comportamento*”, ora negativamente, “*restringindo ou condicionando o exercício de um direito previsto em lei ou no próprio contrato*”.¹⁶⁵

Positivamente, esses deveres são agrupados em torno da cooperação e da proteção recíprocas. A cooperação une os contratantes por um elo colaborativo, na busca comum do adequado adimplemento da prestação contratual. No curso do contrato, o dever de proteção liga as partes na prevenção de danos mútuos, para evitar riscos ou mesmo ocorrências acidentais e prejudiciais às pessoas, aos patrimônios dos envolvidos ou ao objeto da prestação contratual. Os deveres de cooperação e de proteção são desdobrados em outros, a exemplo do dever de informação. Por eles as partes estão obrigadas ao mútuo esclarecimento sobre todos os aspectos relacionados ao vínculo, inclusive riscos e potenciais efeitos.

Destaca ainda Menezes Cordeiro o dever acessório de lealdade, segundo o qual, desde as negociações preliminares, as partes devem abster condutas que possam

¹⁶⁵ TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo [coord.]. *Obrigações*. Estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 37.

“falsear o objectivo do negócio ou desequilibrar o jogo das prestações por elas consignado”.¹⁶⁶ Mas da lealdade também podem advir condutas de sigilo, de não competição ou de não celebração de outro contrato, quando, ainda que não expressas literalmente, possam ser deduzidas das circunstâncias do caso concreto.

A função de criação de deveres acessórios incide no vínculo obrigacional sob a perspectiva de processo, verdadeiros instrumentos que auxiliam as partes na realização da prestação principal. É que não estão vinculados diretamente ao objeto principal do contrato, mas sim ao processo para a sua realização. Os deveres acessórios revelam a boa-fé como fonte de comportamentos que envolvem a consideração para com o outro contratante. Agir considerando não apenas os interesses pessoais, mas também os da contraparte. Decorrem da significativa mudança de concepção do fenômeno obrigacional, da interdependência dos contratantes, diante da qual o êxito do contrato não mais reside no poder sem limites do credor, e sim na capacidade de articulação de condutas e de processamento da relação obrigacional.

5.3.3. Função de limitação do exercício de direitos subjetivos

A mudança paradigmática do fenômeno obrigacional processada pela boa-fé, com a consequente limitação dos poderes do credor, implica em situações restritivas de exercício de direitos. Essas limitações comprovam a quebra do dogma clássico da autonomia da vontade, a dimensão do fenômeno contratual para além da vontade das partes. Do vínculo de sujeição para o processo complexo, a função limitadora ao exercício de posições jurídicas é própria do comando normativo de realizar a prestação conforme o comando da boa-fé.

A boa-fé incide sobre o exercício de direitos subjetivos, porque a liberdade de contratar foi restringida. Tal traço restritivo, quanto ao contrato, pode ser considerado o “*mais relevante da evolução sentida pelo instituto na época*”

¹⁶⁶ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé...* op. cit., p. 606.

moderna".¹⁶⁷ O recurso da boa-fé contribui para que tal limitação encontre parâmetros técnicos.

O exercício inadmissível de posições jurídicas tem íntima relação com a tutela da confiança. O respeito aos legítimos interesses da contraparte é premissa necessária ao adimplemento substancial da prestação. A consideração pela condição alheia decorre dos elementos nucleares da lealdade e da confiança recíprocas. A confiança é tutelada pelo ordenamento como valor transcendental ao próprio direito civil. A confiança tem sido matéria de estudos mais recentes de sociologia e de ciência política, que “*a apontam como fator imprescindível para a necessária colaboração e associação entre os agentes sociais*”.¹⁶⁸

Nessa ótica, a boa-fé objetiva emana como norma que não admite condutas contrárias aos parâmetros de conduta que lhe são ínsitos. Cuida-se da boa-fé em seu sentido proibitivo ou negativo. Nesse sentido, atua na vedação de condutas contrárias aos parâmetros socialmente aceitos.

A sistematização dessas condutas compila certos exercícios inadmissíveis de posições jurídicas, contrários à confiança, com destaque para os denominados *venire contra factum proprium*, o *tu quoque*, a *supressio* e a *surrectio*.

5.3.3.1. *Venire contra factum proprium*

A expressão *venire contra factum proprium* consiste no exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento anteriormente adotado pelo agente. Os dois comportamentos do mesmo agente, diferidos no tempo, são lícitos, mas o primeiro (*factum proprium*) é contrariado pelo segundo. A contradição deve ser direta entre a situação jurídica decorrente do primeiro comportamento e a segunda conduta.

¹⁶⁷ ROPPO, Enzo. *O contrato...* op. cit., p. 333.

¹⁶⁸ SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 92

Pontua Franz Wieacker que o *venire contra factum proprium* está “*profundamente arraigado em la justicia personal, a cuyo elemento más interno pertenece la veracidad*”.¹⁶⁹ O dever de veracidade distingue essa proibição de qualquer elemento subjetivo. Não é pressuposto dolo ou culpa do agente na contradição dos dois comportamentos. Bastam as condutas objetivamente consideradas. Com isso, arremata o referido autor que o princípio é uma aplicação “*del principio de la confianza en el tráfico jurídico y no una específica prohibición de la mala fe y de la mentira*”.¹⁷⁰

A relação com a boa-fé objetiva reside, exatamente, na desnecessidade de má-fé ou de culpabilidade como requisitos para a incidência da proibição de condutas contraditórias. O primeiro comportamento do agente (*factum proprium*) cria situação jurídica com conseqüências tuteladas pelo ordenamento, especialmente a confiança gerada na outra parte, ou em terceiros. O fenômeno obrigacional, compreendido na perspectiva de processo e de realidade total concreta, induz os contratantes a concatenar os atos numa mesma direção.

Quando o desencadear desse processo implica em situações jurídicas de expectativas ou de benefícios para uma das partes, em decorrência do comportamento da outra, incide a vedação da conduta contraditória. Isso ocorre mesmo na fase preliminar do contrato, em que as partes desenvolvem tratativas prévias à formalização da avença.

A contradição ocorre quando o agente primeiro avança numa certa direção e depois retrocede; e quando alguém manifesta a intenção de não praticar certa conduta, mas depois a realiza. Em qualquer das hipóteses, os atos isoladamente considerados seriam lícitos, mas quando postos na perspectiva processual do fenômeno obrigacional e do seu sentido, não apresentam compatibilidade.

¹⁶⁹ WIEACKER, Franz. *El principio general...* op. cit., p. 61.

¹⁷⁰ Ibid., p. 62.

Importante destacar que a proibição do *venire contra factum proprium* não tem por escopo a preservação da conduta inicial do agente, “mas antes sancionar a própria violação objetiva do dever de lealdade para com a contraparte”.¹⁷¹ Esse aspecto é relevante na medida em que afasta a referida proibição da figura do *pacta sunt servanda*. O *venire* não almeja a manutenção do *status* da primeira atuação. Objetiva, sim, a concretização da confiança gerada a partir dessa primeira conduta. A sanção não é contra toda e qualquer contradição de condutas, mas incide tecnicamente quando o segundo comportamento fere a relação mínima de confiança, apurável diante do caso concreto, das circunstâncias e da finalidade do contrato.

Mais do que mera aplicação, o *venire contra factum proprium* situa-se numa linha de concreção da boa-fé, como expressão da confiança. E é a confiança quem melhor define um critério de decisão: um comportamento não pode ser contraditado “quando ele seja de molde a suscitar a confiança das pessoas”.¹⁷² O elemento da confiança depende da ocorrência de um fato gerador de interesse da ordem jurídica, que ocorre quando a contraparte, a partir dele, direciona expectativa, interesse ou atividade.

Em razão da tutela da confiança não vir expressa no ordenamento jurídico brasileiro, o fundamento normativo da proibição de condutas contraditórias pode ser extraído da fonte normativa da boa-fé objetiva, disposta no artigo 422 do Código Civil. Na dimensão constitucional, o fundamento é relacionado aos princípios da dignidade humana e da solidariedade social, previstos, respectivamente, nos artigos 1º, inciso III, e 3º do texto constitucional.

A aplicação do *venire contra factum proprium* contribui para o alcance da finalidade intrínseca e extrínseca do contrato. Mediatiza eventuais condutas conflitantes e funciona como instrumento de auto-regulamentação do sistema. Preserva

¹⁷¹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé...* op. cit., p. 471.

¹⁷² CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé...* op. cit., p. 756.

expectativas normativas internas do sistema jurídico e, ao mesmo tempo, serve para a sua indispensável abertura axiológica.

5.3.3.2. *Tuo quoque*

Pela denominada teoria dos atos próprios, não é possível juridicamente o exercício de um direito em contradição com uma posição jurídica anterior. O *tuo quoque* é desdobramento dessa teoria: quem viola norma jurídica, legal ou contratual, não pode exercer o direito que a norma violada lhe atribuía.

Nesse sentido, o *tuo quoque* aparece como extensão da regra da exceção de contrato não cumprido. Nos contratos classificados como bilaterais, os efeitos da avença geram obrigações recíprocas para ambas as partes. Do contrato surgem direitos e obrigações que se correlacionam. O sinalagma representado pela dependência recíproca das obrigações remete à possibilidade de incidência da exceção de contrato não cumprido, prevista no ordenamento civil brasileiro no artigo 476, do Código Civil. Antes de cumprida a sua obrigação, nenhum dos contratantes pode exigir o implemento da prestação do outro.

O *tuo quoque* é assim explicado pela natureza do sinalagma. Quem violou deveres contratuais não pode exigir o cumprimento integral da contraparte. A inadmissibilidade é de posições jurídicas indevidamente obtidas. Tais condutas são contrárias à boa-fé porque atentam contra o adimplemento substancial da prestação contratual. A boa-fé, em qualquer de suas funções, atua para o equilíbrio do exercício jurídico, na concreção dos legítimos interesses dos contratantes. A legitimidade depende do exercício de posições jurídicas compatíveis com o programa contratual.

A análise da figura do *tuo quoque* confirma a sua correlação com o dever de consideração para com a outra parte. A injuridicidade consiste no aproveitamento de situações prejudiciais à contraparte. Aquele que viola regra contratual prejudica as potencialidades de cumprimento integral do escopo do contrato.

5.3.3.2. *Supressio e surrectio*

A *supressio* e a *surrectio* estão, de certo modo, relacionadas com o fenômeno do efeito do tempo sobre a relação obrigacional. Na *supressio*, o direito que não foi exercido, em certas circunstâncias, durante certo lapso temporal, não pode mais sê-lo, sob pena de, de outra maneira, contrariar a boa-fé.

A *supressio* não pode ser confundida com prescrição. Esta configura a perda da pretensão, em decorrência do transcurso de prazo estabelecido em lei. A partir do desenvolvimento do direito autônomo de ação, a prescrição foi dissociada do direito material constitutivo do fato gerador da lide. A prescrição fulmina o exercício da pretensão que surge a partir da violação do dever jurídico contraposto a determinado direito subjetivo. Nessa linha a *supressio* tem aproximação com a decadência do direito, esta sim extintiva do direito material em decorrência da inércia do titular durante o prazo fixado em lei.

Mas a *supressio* não possui natureza de regra complementar dos efeitos da incidência do tempo sobre a relação obrigacional, mas sim de situação que surge na esfera jurídica da contraparte, de proteção da confiança em que pela inércia do titular do direito em certo período de tempo, o direito não mais seria exercido. É esse aspecto distintivo da *supressio* em relação ao *venire contra factum proprium*. A rigor, não há proibição de condutas contraditórias, mas sim a proteção da situação jurídica da contraparte.

Obviamente, há noção complementar das regras típicas da prescrição e da decadência. Ocorre que esses institutos foram legislados com típica natureza de sanção ao titular inerte. O sentido punitivo da prescrição e da decadência é diferenciado da índole de justiça contratual encontrada na *supressio*. A questão envolve a possibilidade de discrepância entre o sentido social de uma regulação jurídica e a sua efetividade.¹⁷³ A *supressio* implica na prevalência da efetividade

¹⁷³ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé...* op. cit., p. 816.

social sobre certa regulação jurídica. Com isso, o sistema jurídico preza pela estabilidade das relações internas, avessa a retrocessos no fluxo do tráfego jurídico.

A *supressio* age então de duas maneiras: suprime um direito que não corresponde à sua efetividade social e, noutro passo, atribui à contraparte um direito antes não existente que é a *surrectio*. Durante certo lapso de tempo é realizada situação jurídica concreta semelhante (em tudo) ao direito subjetivo subjacente. Contra ele não pode haver previsão proibitiva. Além disso, é exigido que, no curso do processo contratual, derive relação de confiança, na contraparte, de consolidação da situação concretamente continuada no universo real do contrato.

Combinados os mencionados requisitos, a *surrectio* é decorrência de um direito subjetivo novo que atribui ao beneficiário uma vantagem decorrente do contexto concreto de realização do contrato, em equilíbrio e compatibilidade com o programa contratual. Em contraposição, aparece o dever da contraparte de respeitar tal direito adjacente.

Tanto a *supressio* como a *surrectio* estão baseadas na boa-fé, imperativa do dever de consideração para com as legítimas expectativas geradas pelo contrato na contraparte. A conexão dessas figuras na perspectiva da relação obrigacional como processo é direta com a noção total e concreta do fenômeno. Somente a visão da obrigação como um processo, com diversas etapas e flutuações jurídicas que ocorrem ao longo do contrato, permite o reconhecimento de situações antes inesperadas, mas condizentes com a finalidade interna do contrato e harmônicas com os valores socialmente aceitos.

5.4. BOA-FÉ OBJETIVA E ABUSO DE DIREITO

Enfatiza Francisco Amaral que “o direito cessa onde o abuso começa”.¹⁷⁴ A boa-fé objetiva e o abuso de direito somente podem ser compreendidos a partir da noção

¹⁷⁴ AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 211.

complexa de obrigação e da quebra do dogma da vontade, com vinculação dos direitos subjetivos ao adimplemento substancial do contrato.

A teoria do abuso de direito avulta no final do Século XIX, em decorrência da superação da visão individualista de exercícios ilimitados dos direitos subjetivos, pelas razões econômicas e sociais já consideradas neste trabalho. Assim, o tema do abuso de direito é preponderantemente histórico. Embora sem previsão expressa no Código Civil francês, foi modernamente desenvolvido em sede jurisprudencial, diante de exercícios iníquos de direitos subjetivos, inicialmente identificados nos atos emulativos, voltados ao exclusivo intuito de prejudicar outrem.

Tendo em vista os fins deste trabalho, vale apontar que, posteriormente, ele evoluiu para situações jurídicas mais objetivas, associadas à transgressão de limites do direito subjetivo, dos seus fins sociais ou econômicos.¹⁷⁵ Na fase atual, o estudo da teoria do abuso do direito recrudescer e investiga o fenômeno no campo interno e estrutural do direito subjetivo, especificamente no confronto entre o seu exercício formal e o respectivo fundamento valorativo.

O comportamento do agente aparenta consonância com o ordenamento jurídico, mas concretamente demonstra violação no âmbito material, por descumprimento do liame axiológico com os valores e princípios do sistema. A conduta perfaz contornos em tese aceitos, mas é materializada em dissonância objetiva com os fundamentos do sistema. Desaparece a pesquisa sobre o elemento volitivo do agente, desnecessário a intenção de causar prejuízo a outrem, bastando a ofensa de ordem valorativa.

No atual Código Civil brasileiro, a figura do abuso de direito é inserida no artigo 187, com concepção eclética, quando expressa 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 bons costumes*”. O campo da antijuridicidade da conduta não reside no elemento volitivo do agente, mas na ultrapassagem de limites valorativos. Pesa a contrariedade ao aspecto axiológico do

¹⁷⁵ ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana...* op. cit., p. 116.

comando normativo, a despeito da conduta observar o esquema formal do direito subjetivo.

O referido dispositivo legal revela a opção expressa do legislador pela coexistência entre as figuras da boa-fé objetiva e do abuso de direito. Perde sentido a discussão sobre a prevalência de uma sobre a outra. Não apenas pela norma positivada, mas especialmente porque ela reflete a boa-fé como um dos “*critérios axiológicos-materiais para a verificação do abuso do direito*”.¹⁷⁶ A prescrição legal de abuso de direito, em certo sentido, alcança outros critérios axiológicos além da boa-fé, diante da contrariedade aos bons costumes e à finalidade social e econômica do direito. Noutro sentido, a boa-fé é projetada na função de integração do conceito normativo do abuso de direito. A análise de suposta prevalência entre os institutos, portanto, induz um falso problema. Ambas as figuras jurídicas contribuem para a auto-regulamentação e regeneração do sistema jurídico, no choque entre o lícito e o ilícito.

O abuso de direito, integrado pelo princípio da boa-fé, contribui para o alcance do adimplemento substancial da prestação contratual, com incidência sobre a materialidade da conduta das partes.

¹⁷⁶ SCHREIBER, Anderson. *A proibição...* op. cit, p. 118.

CAPÍTULO VI – BOA-FÉ E RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL

A celebração de um contrato pode ser precedida de fases antecedentes, quando ocorrem discussões, entendimentos, fornecimento de informações e diligências, com aproximações que chegam até mesmo a pactos preliminares de intenções e de premissas do negócio jurídico pretendido.

Atualmente, nos contratos paritários e mais complexos, as fases anteriores avultam de importância. Começam, não raro, com a realização de análise de informações sobre o objeto do contrato, mediante coleta de informações sob pacto de confidencialidade; e são desdobradas em negociações sobre as condições da avença, com intensa troca de minutas, acompanhadas de providências preparatórias, tendentes ao desfecho da contratação.

Para o tema deste trabalho, importa demonstrar que a boa-fé objetiva incide desde essa fase precedente à concretização do contrato.

6.1. DELIMITAÇÃO E EVOLUÇÃO

Modernamente, os efeitos jurídicos da fase preliminar aos contratos são fundamentados na teoria do contato social. Nas palavras de Clóvis V. de Couto e Silva, essa teoria constitui uma categoria da doutrina do processo social, capítulo da sociologia, que por sua vez está relacionado à teoria da associação.¹⁷⁷ Sob o prisma jurídico, o ato social surge para justificar o nascimento de direitos e obrigações, ainda quando não existe contrato. Mas tal contato social é do tipo qualificado.¹⁷⁸

Entre a ausência completa de contato das partes e a posição mais próxima de ligação jurídica, concretizada pela celebração de um contrato, estão situados atos e

¹⁷⁷ SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação...* op. cit., p. 75.

¹⁷⁸ PEREIRA, Regis Fichtner. *A responsabilidade civil pré-contratual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.101.

fatos que caracterizam uma situação jurídica especial. Sob a premissa da relação obrigacional como processo, o fenômeno contratual é composto de etapas e a aproximação das partes configura o primeiro passo. No caminho de formação do contrato surgem direitos formativos e a contraposição de deveres respectivos.

O contato social, desse modo, reformula hipóteses que remotamente foram tratadas pela teoria da *culpa in contrahendo*, inicialmente desenvolvida por Jhering.¹⁷⁹ Na análise do fundamento do dever de indenizar danos decorrentes de contratos nulos, identifica que tal obrigação recai sobre aquele que, embora devendo conhecer da nulidade, deixou de informá-la. E a indenização seria balizada pelo denominado *interesse negativo*, vinculado à não realização do contrato, incluídos os lucros cessantes.

A questão seria, assim, de reposição da parte prejudicada à situação jurídica que se encontrava antes do início das negociações. Com base nas fontes do direito romano, Jhering examinou a hipótese de indenização por quem deu causa à nulidade de um contrato em prejuízo da parte que confiou na validade da avença. A mencionada obra, um clássico da pandectística alemã, a despeito daqueles que o criticam, despertou adesões e reações contributivas para o problema da culpa na conclusão dos contratos. A doutrina da *culpa in contrahendo* resultou em construção consolidada na cultura jurídica, com a percepção da existência de um dever de diligência imposto na fase de negociação dos contratos.

No início do Século passado, a responsabilidade pré-contratual evoluiu dogmaticamente do âmbito delitual para a seara contratual, com avanços na identificação dos conceitos de formação e de execução dos contratos. A doutrina passa a atribuir importância e autonomia jurídica à etapa de elaboração dos contratos.¹⁸⁰ O fundamento da responsabilidade pré-contratual deixaria de ser a culpa e passaria a ser identificado no consentimento (tácito ou expresso) de iniciar uma negociação. Em outra linha, o fundamento residiria num tipo de garantia legal

¹⁷⁹ JHERING, Rudolf Von. *Culpa in contrahendo ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição*. Coimbra: Almedina, 2008.

¹⁸⁰ PEREIRA, Regis Fichtner. *A responsabilidade civil...* op. cit., p. 101.

da boa-fé e da equidade, impositiva de limites para a interrupção imotivada das negociações.

A evolução da responsabilidade pré-contratual, na época liberal, enfrentou as resistências próprias do dogma da vontade. A desistência imotivada de contratar seria consequência natural do exercício da liberdade contratual. A interrupção das negociações era compreendida como um regular exercício da liberdade negativa de contratar, com dispensa de qualquer motivação. Nessa ótica da teoria clássica liberal, a fase precedente ao contrato não tinha caráter vinculante. Os efeitos decorrentes de interrupções imotivadas eram da conta e risco de cada um dos envolvidos na negociação.

Tendo em vista a importância que o instituto do contrato assumiu no sistema jurídico liberal, mola propulsora da atividade econômica burguesa, as objeções da época à teoria da responsabilidade pré-contratual encontram explicação na proteção do princípio basilar da plena e ilimitada liberdade individual; e no interesse de fomentar as atividades econômicas da classe ascendente, sem receios na avidez de acesso à propriedade dos bens.

Os motivos determinantes da evolução do sistema jurídico, guiada pela complexa evolução das relações sociais, antes abordadas neste trabalho, demandaram do Direito o reconhecimento (como fonte de direitos e obrigações) de situações de fato, presentes no convívio das pessoas. Ao sistema dominante interessou encontrar novas formas de controle das condutas dos agentes econômicos, especialmente em zonas antes destituídas de normatividade. As repercussões econômicas de expectativas contratuais frustradas deixaram de ser desprezadas. A confiabilidade no sistema econômico capitalista é força motriz de seu desenvolvimento. A lealdade dos comportamentos não é apenas fator ético, mas também ingrediente de estabilidade do capitalismo. A padronização das relações jurídicas, ditada pelas relações econômicas de massa, demanda a objetivação de critérios de condutas, mesmo na fase de negociações contratuais. A liberdade contratual foi, assim, redefinida com as limitações e complementos delineados pelos valores e princípios do ordenamento jurídico. Os atos e fatos verificados antes da celebração dos

contratos passaram a importar para o sistema. São relevantes os fatos danosos que ocorrem no transcurso das negociações.

Evidência disso é a evolução do instituto da responsabilidade pré-contratual no direito brasileiro. O Código Civil de 1916 foi contido em relação ao tema, apenas com traços de sua aplicação, como na força obrigatória da proposta de contrato (artigo 1.082); nos riscos dos contratos aleatórios (artigos 1.120 e 1.121); na contenção do direito de excluir cláusula de evicção (artigos 1.107 e 1.108).

Foi na Lei n. 8.078/90, de proteção do consumidor, que a responsabilidade pré-contratual alcançou maior expressão, especialmente nos dispositivos que tratam dos direitos básicos do consumidor e de deveres do fornecedor (artigos 6º e 8º); de responsabilidade objetiva do fornecedor (artigos 12, 14, 19, 20 e 23); de vinculação da oferta (artigos 30 e 31); de publicidade enganosa (artigos 36 e 37); e de necessária informação (artigo 46).

No Código Civil de 2002, os artigos 113, 187 e 422, relacionados à boa-fé objetiva, fundamentam a responsabilidade pré-contratual.

Este apanhado de dispositivos legais no atual ordenamento jurídico pátrio demonstra que, atualmente, a responsabilidade pré-contratual é conectada com as noções de boa-fé e de deveres dela decorrentes. Tais dados respaldam a doutrina que opta por uma terceira via da responsabilidade civil, denominada de pré-contratual, alternativa às vias clássicas da responsabilidade contratual e extracontratual.

As negociações preliminares contêm carga normativa, com a formação de um tipo especial de relação obrigacional, caracterizada pela presença de deveres de conduta, com amparo legal, no Brasil, no artigo 422 do Código Civil.¹⁸¹ A violação desse deveres de conduta gera o dever de indenizar, diante das circunstâncias do caso concreto.

¹⁸¹ FRITZ, Karina Nunes. *Boa-fé objetiva...* op. cit., p. 248.

A análise da situação concreta implica em apreciar a qualidade e condição de cada um dos negociadores, o comportamento assumido (com menor ou maior grau decisório no sentido da celebração do contrato), os interesses envolvidos e a extensão das negociações preliminares.¹⁸² Portanto, o momento em que a confiança surge varia de caso a caso. Mas tal confiança será sempre objetivamente considerada, independentemente do aspecto psicológico das partes envolvidas.

Na perspectiva dinâmica do vínculo obrigacional, a relação de confiança é fortalecida na medida da intensificação dos contatos entre as partes. O aprofundamento desses contatos aumenta a probabilidade da contratação e de expectativa de satisfação dos interesses reciprocamente considerados. A confiança pode ser identificada a partir de dois elementos nucleares: a) a conformidade da representação prévia do contrato, dos efeitos jurídicos e patrimoniais esperados; b) a tutela da mútua lealdade na fase de negociação.

6.2. PRINCIPAIS DEVERES DE CONDUTA NA FASE PRÉ-NEGOCIAL

As múltiplas situações jurídicas possíveis ao longo do processo obrigacional não permitem enumeração taxativa dos deveres de conduta na fase pré-negocial. A doutrina trata de alguns desses deveres em caráter exemplificativo, relacionados à figura da boa-fé contratual.

6.2.1. Dever de informação

Os negociadores de um contrato devem, mutuamente, esclarecimento sobre as possibilidades e obstáculos do pretense contrato. Qualquer fator impeditivo precisa ser desde o início avisado, para que as expectativas de contratação correspondam aos reais riscos de frustração. O esclarecimento é de circunstância relevante para o contrato. Os deveres de esclarecimento têm como objeto “*uma declaração de*

¹⁸² PRATA, Ana Maria Correia Rodrigues. *Notas sobre a responsabilidade civil pré-contratual*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 47-48.

conhecimento".¹⁸³ São de natureza declaratória, conquanto resultado do pensamento cognitivo e não volitivo.

O dever de informar abrange os elementos impactantes para a decisão de contratar. Não apenas para a compreensão concreta do contrato a celebrar, mas também acerca dos aspectos funcionais da avença, afeitos à utilidade do negócio para realização dos fins almejados pela outra parte.

A violação do dever de informar pode ser veiculada por ato omissivo ou comissivo. Viola a boa-fé objetiva a falta, a incompletude ou a intempestividade das informações necessárias. Também a descumprimento daquele que presta informações falsas ou inexatas sobre elementos do contrato, características do objeto, sua utilidade, eventuais vícios, dentre outros aspectos possíveis de influenciar a formação da vontade de contratar.

Nos contratos em que as partes não possuem a mesma paridade, o dever de prestar informações ou esclarecimentos assume especial relevância. Diante de um quadro concreto de desigualdade, os deveres de esclarecimento são ainda mais necessários, de modo a capacitar a parte mais fraca da relação para uma melhor compreensão dos riscos e vantagens do contrato. Exemplo dessa maior intensidade é verificado nas normas de proteção do consumidor. Larenz destaca esse dever de esclarecimento ao possível prejudicado, quando este "*no se halle em situación de llegar a saber con seguridad la amplitud de los daños que se le hayan irrogado*".¹⁸⁴

Nos contratos paritários, tal dever implica em troca de informações. Aspecto interessante nas negociações desses contratos é que também surge para cada um dos interessados o dever de buscar informações. A medida entre os deveres de informar e de ser informado é avaliada sempre diante das condições pessoais das partes. Mesmo sem uma parte dominante, quem melhor conhecer do negócio deve esclarecimentos. Importa um equilíbrio de conhecimentos entre os negociadores.

¹⁸³ SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação...* op. cit., p. 75.

¹⁸⁴ LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones...* op. cit., p. 155.

6.2.2. Deveres de cooperação e de lealdade

O dever de cooperação é instrumental, distinto da obrigação principal. Implica no auxílio de uma parte à outra, no sentido de que o fim contratual depende da mútua cooperação. É consequência da incidência da boa-fé objetiva nas relações jurídicas, com a quebra da posição tradicional do credor. Para a realização do programa contratual, os esforços não mais recaem apenas sobre o devedor. O credor deve cooperar naquilo que couber para o adimplemento da prestação. Essa cooperação implica em condutas positivas e negativas, as últimas no sentido de não impedir ou dificultar a atividade do devedor.

A lealdade impõe às partes linhas de conduta que preservem a confiança. Exige que as partes dêem início e continuidade às negociações, quando tenham um legítimo interesse no objeto da pretensa contratação. A partir de quando as partes aproximam-se, as tratativas podem progredir, na medida do estreitamento das divergências. O processo de formação da vontade contratual avança e as partes tendem a confiar nas convergências das posições jurídicas, representadas pelas posturas dos negociantes. É a confiança gerada no avanço das negociações que mitiga o direito de desistir da celebração do contrato.

Desleal é o negociador que dispara o processo de tratativas, ciente de óbices concretos à contratação. Os processos de negociação podem demandar tempo e custos. As partes que negociam não podem, em vão, tomar tempo, provocar despesas e gerar expectativas. Apenas diante das circunstâncias concretas podem ser analisados o grau do interesse quanto ao objeto do contrato, ou as condições legais e financeiras das partes. Mas correlacionado ao dever de informação, o menor grau de interesse ou o não atendimento daquelas condições devem, necessariamente, ser objeto de advertência à outra parte.

Desse modo, lealdade e informação são interligadas como expressão de conduta de boa-fé. A distinção entre elas é que a lealdade não assenta apenas no âmbito

informativo, mas deriva do comportamento das pessoas.¹⁸⁵ A parte sabedora (ou que por diligência normal devesse saber) do risco de insucesso do processo de negociação deve comunicar à outra parte.

A deslealdade é fortemente verificada nos casos de rompimento injustificado; ou de abandono imotivado das negociações. A desistência nesses casos representa abuso da liberdade contratual. Em tais casos, a deslealdade é conduta ilícita que implica no dever de ressarcir os prejuízos incorridos na fase de negociação, e de indenizar os lucros cessantes relacionados à frustrada contratação. A indenização é ainda mais necessária quando o rompimento imotivado acarreta a perda de chance de realizar o contrato com outra pessoa.

Os termos da responsabilidade por esse tipo de ruptura são definidos no “*equilíbrio desejável entre a manifestação da liberdade e a proteção da confiança*”.¹⁸⁶ A medida da confiança gerada é o parâmetro para tratar a situação jurídica fora dos limites dos riscos inerentes a qualquer negociação.

O dever de lealdade pode ainda ser quebrado se uma das partes, embora não desista da contratação, altere condição já negociada, de modo a desequilibrar a equação econômica do contrato, tornando-o desinteressante ou mesmo inviável para o outro negociador.

6.2.3. Dever de sigilo

Ao negociar um contrato, as partes tomam conhecimento de informações e de dados relativos ao objeto da avença e à contraparte. Senão para o fim de celebração do contrato, é vedada a divulgação de informação conhecida em decorrência da negociação, própria do objeto ou da contraparte, e que venha a causar dano com a revelação.

¹⁸⁵ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé...* op. cit., p. 551.

¹⁸⁶ PRATA, Ana Maria Correia Rodrigues. *Notas sobre...* op. cit., p. 47-48.

Em regra, o dever de sigilo é mais intenso nos processos de negociação de contratos mais complexos. Para a formação da vontade contratual, do preço e condições da avença, uma das partes necessita de informações precisas sobre o objeto do contrato, especialmente quanto a riscos. A contraparte, movida pelo interesse de contratar, expõe dados próprios, valiosos e integrantes, de modo intangível, do próprio bem da vida em negociação. A boa-fé impõe a guarda de sigilo dessas informações, não apenas durante a fase preliminar, mas também posteriormente, se o contrato não vier a ser firmado. O sigilo compõe a gama dos deveres acessórios de conduta e provém da relação de confiança que o processo de formação do contrato propicia. Quem presta as informações sigilosas, cumpre um desses deveres. Quem as recebe, deve manter o sigilo, sob pena de abuso da confiança que lhe foi depositada.

Tratando-se de informação sigilosa, o dever de confidencialidade deverá persistir, ainda que as negociações sejam interrompidas por motivo alheio à vontade do receptor dos dados. As conseqüências jurídicas de eventual rompimento das tratativas não autorizam a parte prejudicada a utilizar as informações sigilosas do infrator. Deve a ruptura ser resolvida em perdas e danos, mas o ordenamento não prescreve esse tipo de compensação.

No atual estágio do sistema capitalista, o valor da informação é elevado. Numa era em que o que sobrevive é o conhecimento, o dever de sigilo merece especial proteção do Direito. A boa-fé lastreia essa proteção.

6.3. FUNÇÃO DA RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL SOB A ÓTICA DA TEORIA DOS SISTEMAS

Através dos fundamentos da responsabilidade pré-contratual, o Direito protege a idoneidade do processo formativo dos contratos. Não tolera condutas inadmissíveis com a boa-fé, que deve presidir a postura das partes envolvidas na fase de negociação e sanciona os comportamentos discrepantes.

Na fase pré-contratual, as partes se aproximam por meio de atos comunicativos. As sondagens iniciais, as informações de parte a parte, as ofertas, as propostas e contra-propostas, constituem atos de comunicação qualificados pelo Direito e que se articulam entre si. Com essa articulação, é desenvolvido o processo formativo da vontade.

O processo de formação do contrato é permeado por elementos de outros subsistemas sociais, em especial do sistema econômico, baseado (no regime capitalista) no lucro. As tratativas para negociação de um contrato recebem estímulos externos, indispensáveis ao tráfego jurídico. Essas interferências, representadas por atos comunicativos, apenas adquirem validade jurídica após incidência do critério seletivo (legal/ilegal), que acolhe ou repele a conduta dos negociadores.

A teoria do contato social guarda correlação com a teoria dos sistemas. Ao atribuir efeitos jurídicos a determinados atos, para justificar o nascimento de direitos e obrigações, ainda quando não existe contrato, a teoria do contato social admite a existência de interferências intersistêmicas, a partir de processos comunicativos. A qualificação do contato social representa o acolhimento de elementos novos ou recriados do sistema, ou a mediação interna de informações destinadas à criação de uma relação contratual.

Para o direito dos contratos, a teoria da responsabilidade pré-contratual exerce essa função cognitiva, de abertura e de proteção do subsistema jurídico. Permite que os interesses que movem os pretensos contratantes possam fomentar o tráfego jurídico, sem perder a autorreferência. A boa-fé objetiva norteia a atividade cognitiva na fase pré-contratual e torna possível a seleção axiológica dos comportamentos das partes envolvidas no processo de negociação.

Ao sancionar as condutas dos negociadores, discrepantes da boa-fé, o sistema jurídico protege a base de formação do contrato, conforme valores e princípios previstos na Constituição. Apesar disso, deve ser considerado que, em meio a esses valores e princípios, o indivíduo permanece livre para contratar. A liberdade contratual, inerente à realização do princípio da dignidade humana, exige o exercício

da ponderação entre os valores e os princípios colocados em possível rota de colisão.

O processo de formação de um contrato não pode descartar a possibilidade de insucessos. Riscos de condutas negociais inconsequentes não são maiores do que os perigos de inibição do exercício da liberdade de contratar. Ambos são maléficos, tanto para o sistema jurídico, quanto para o sistema econômico.

A aplicação da teoria da responsabilidade pré-contratual impõe a análise do caso concreto, da situação jurídica específica de cada uma das partes. A violação da boa-fé será causa de responsabilidade pré-contratual para manter o equilíbrio da atividade contratual, como consequência de estabilidade do ambiente jurídico, não como instrumento de dirigismo contratual.

CAPÍTULO VII - A BOA-FÉ OBJETIVA COMO FATOR DE DINAMISMO DO VÍNCULO OBRIGACIONAL

A aplicação da boa-fé objetiva aos contratos ocorre a partir da mudança de perspectiva do fenômeno obrigacional, compreendido como processo que visa alcançar o adimplemento substancial do contrato. Interessa ao propósito deste trabalho saber qual a dimensão da boa-fé objetiva para a quebra da visão estática do vínculo.

Tal análise importa não apenas ao entendimento da dinâmica do vínculo, mas também à pesquisa sobre a possibilidade, ou não, de eventual exceção na aplicabilidade do instituto a alguma espécie contratual. Ser causa ou efeito é definição que repercute na admissibilidade de exceção à regra de incidência da boa-fé objetiva nos contratos em geral.

7.1. ELEMENTO DE TRANSFORMAÇÃO

A boa-fé objetiva operou a mudança de perspectiva do vínculo obrigacional, verdadeiro divisor entre a doutrina obrigacional clássica e a moderna. Colocou a obrigação em movimento, quando foi elevada ao atributo de dever de ambas as partes. Quebrou a posição de inércia do credor, atribuindo-lhe o dever de colaboração para alcance da finalidade do contrato.

A partir dessa atribuição colaborativa, imprimiu-se outra estrutura ao vínculo, com elementos que interagem e influenciam o processo obrigacional. A boa-fé objetiva tornou possível a compreensão dialética da obrigação, em que fatores componentes influenciam e são influenciados; e podem interferir no destino do contrato, positiva ou negativamente. Contribuiu a boa-fé objetiva, portanto, para desmistificar a concepção meramente abstrata do vínculo, mostrando-a real, viva e mutável. Realiza o processo dialético no campo obrigacional, e a constante superação de contraposições entre o credor e o devedor. Por conseguinte, a boa-fé objetiva é capaz de realizar a transformação da realidade do contrato.

Menciona Larenz a função da boa-fé como vetor que expande a concepção da relação obrigacional para além do dever. Independentemente de qual seja a estrutura, toda relação obrigacional é regida pelo princípio de fidelidade no cumprimento da palavra que foi dada, “*sin defruadar la confianza de la outra parte, es decir cumplir la prestación según la buena fe (§242)*”.¹⁸⁷ Cada uma das partes pode esperar que a outra tenha em conta seus interesses naquilo que for possível e no que lhe pode ser exigido segundo as circunstâncias. Enfatiza o autor a existência de deveres que excedem o estrito dever de prestação, denominados deveres de conduta.¹⁸⁸ Estes resultam do sentido e da finalidade da obrigação e do princípio da boa-fé, conforme as circunstâncias do caso.

As noções de sujeição do devedor ao poder do credor foram substituídas, na medida do abalo das estruturas do poder absoluto da vontade. O império da vontade cedeu a regras do ordenamento jurídico que incorporam princípios cogentes. Tais princípios incorporam valores que a sociedade prioriza sobre qualquer interesse individual. O vínculo obrigacional recebe, então, os influxos desses valores e o poder da vontade é relativizado.

Antes intangível, agora a autonomia da vontade é o exercício da liberdade de contratar em conformidade com o ordenamento jurídico. A teoria da autonomia privada contestou o dogma da vontade ao afirmar que “*o puro consenso não é capaz de criar direito, mas apenas o consenso que for previsto como legítimo pelo ordenamento jurídico ou aquele consenso ou acordo que não o contrariar*”.¹⁸⁹

No sistema jurídico contemporâneo, esses valores e princípios foram elevados ao patamar constitucional. No Brasil, a Constituição Federal elege a dignidade humana como um dos fundamentos da República (artigo 1º, inciso III). Diante disso, a

¹⁸⁷ LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones...* op. cit., p. 20.

¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 21.

¹⁸⁹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade...* op. cit, p. 52.

liberdade de realizar negócios jurídicos deve seguir “valores e visar a objetivos considerados legítimos, o que significa liberdade negocial”.¹⁹⁰

7.2. HARMONIZAÇÃO DE VALORES E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Para a realização desses valores e concretização dos princípios, o vínculo obrigacional, assim como os demais institutos do direito civil, deve ser revisto à luz do texto constitucional. O princípio da dignidade humana não deixa margem para o poder absoluto da vontade. O poder de sujeição não se sobrepõe aos valores constitucionais; ao contrário, com estes deve harmonizar-se. Portanto, o direito de crédito será tutelado na medida em que se harmoniza com os valores e princípios constitucionais.

A justiça social é ditame da ordem econômica brasileira, nos termos do artigo 170 da Constituição Federal. A função do contrato, instrumento de realização da atividade econômica, vai além da soma dos interesses das partes, pela repercussão que acarreta no meio em que é executado.

A concepção da obrigação como uma totalidade concreta permitiu essa profunda revisão. Foi veículo privilegiado de abertura do sistema porque permitiu o preenchimento de lacunas. Agregou às fontes obrigacionais os valores constitucionais comuns ao credor e ao devedor, e por isso norteia o cumprimento do vínculo. Por efeito da apreensão da totalidade concreta da relação obrigacional, verifica-se ser a mesma um elo “dinâmico”, porque passa a abranger, “no permanente fluir, todas as vicissitudes, ‘casos’ e problemas que a ela possam ser reconduzidas”,¹⁹¹ porque criado e desenvolvido para alcance de uma finalidade. Por isso desenvolve-se em fases distintas: a do nascimento do vínculo, do seu desenvolvimento e finalmente do adimplemento.

¹⁹⁰BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade...* op. cit., p. 55.

¹⁹¹MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé...* op. cit., p. 394.

O vínculo obrigacional desenvolve-se na busca de uma finalidade comum, por meio de fases interligadas, passíveis de ocorrências imprevistas ou acidentais, diante das quais as partes devem se comportar com base no princípio da boa-fé objetiva. A boa-fé é dever de ambas as partes que formam o vínculo obrigacional. Resulta da incidência do princípio da boa-fé objetiva a quebra do principal dogma do direito obrigacional clássico: a disciplina das obrigações deixa de ser apenas estatuto de direitos do credor.

O princípio da boa-fé significa um limite material à autonomia privada no campo contratual, e, “consequentemente, autoriza o controle judicial do conteúdo do contrato, retirando-se a eficácia de cláusulas contratuais que violem o significado jurídico do princípio da boa-fé objetiva”.¹⁹²

7.3. FATOR DE ABERTURA DO SISTEMA

Desse modo, a partir da incidência do princípio da boa-fé objetiva, a concepção da obrigação como processo total e concreto permite a abertura do sistema para a solução de situações atípicas, mediante regra de conduta geral. Abre-se o sistema jurídico, portanto, com a técnica das denominadas cláusulas gerais, dentre as quais a da boa-fé objetiva, tema deste trabalho.

A concepção da obrigação como processo, a partir da incidência do princípio da boa-fé, revolucionou o direito contratual, ancorando-o nos valores da solidariedade, do equilíbrio econômico e da justiça contratual.

Isso porque não se pode esquecer que “a figura do contrato sempre cumpriu funções econômicas, individuais e macroeconômicas”.¹⁹³ O contrato, desse modo, é meio de operação econômica de produção, distribuição e de acesso aos bens. A colocação das partes em posição de igualdade material de expressão demanda um direito civil constitucionalizado.

¹⁹² FACCHINI NETO, Luiz Edson. *Reflexões histórico-evolutivas...* op. cit., p. 47.

¹⁹³ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos...* op. cit., p. 542.

A concretização do princípio da boa-fé objetiva depende da consideração para com o *alter*. Esse dever de consideração impõe a cada uma das partes sopesar a legítima posição da outra, tanto na elaboração, quanto na execução e conclusão do contrato. Somente a partir do conceito de obrigação como processo isso se faz possível. Impõe-se alertar, entretanto, que essa consideração do *alter* também remete à necessidade de o direito privado não perder sua identidade. A quebra do dogma da vontade não pode representar a absorção do direito civil pelo direito constitucional.

A boa-fé objetiva, a partir da noção de obrigação como processo, antes de fator reducionista, é elemento de confirmação de um novo direito civil, comprometido com valores não exclusivamente individualistas, mas que se mantém como área de proteção de liberdades. Quando se afirma que o princípio da boa-fé objetiva depende da consideração para com o *alter*, para com o interesse da outra parte contratante, se reforça a sobrevivência do direito civil, mediante o realce do princípio da diferenciação.

Diante dessas considerações, é possível a conclusão de que a boa-fé objetiva foi fator e não produto do processo de abertura do sistema jurídico; assim como foi elemento de propulsão da mudança de paradigma do direito obrigacional, entendido a partir de uma perspectiva processual.

CAPÍTULO VIII - DIGNIDADE HUMANA E BOA-FÉ

O estudo da boa-fé objetiva deve ser correlacionado à compreensão do princípio da dignidade humana, com a sua atual carga axiológica. A importância do princípio da dignidade humana no ordenamento jurídico brasileiro exige pesquisa sobre o âmbito de incidência no direito privado, acrescida de considerações históricas e notas conceituais.

Com base em tais elementos, o princípio da dignidade humana permeia a associação da boa-fé objetiva à conduta dos contratantes e permite avançar no tema da aplicação do instituto nos contratos benéficos.

8.1. A INTERPENETRAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA NA ESFERA DO DIREITO PRIVADO

A dignidade humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, nos termos do artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal.

A ordem constitucional elege o valor da pessoa humana como elemento da base do sistema, gênese da estrutura política, social, econômica e jurídica. Juntamente com os demais valores fundamentais da soberania, da cidadania, dos valores sociais do trabalho, da livre iniciativa e do pluralismo político, a dignidade da pessoa humana consagra-se como elemento propulsor e vetor interpretativo das normas infraconstitucionais.

Nessa força propulsora e interpretativa, a dignidade humana inspira e orienta a criação e a interpretação das normas jurídicas, elemento de conformação do sistema jurídico brasileiro.

Na sua função de vetor criativo, a dignidade humana passa a influenciar toda a produção legislativa infraconstitucional, com especial relevância para o Código Civil de 2002. Transforma-se na causa e no efeito da abertura do sistema do direito civil

brasileiro, com múltiplas interferências. Este sofre profunda transformação, sintetizada na humanização do sistema. O ser humano passa a ser o núcleo das relações privadas. Tais relações são voltadas para a realização concreta e substancial dos direitos do ser humano, dentre eles os de personalidade, dos contratos, de propriedade, de família e de sucessões.

E a dignidade humana passa a permear todos eles. Dignidade que se revela no direito à vida, à integridade física e moral, direito ao corpo, direito à honra, ao recato e à imagem. Dignidade que se revela na função social do contrato que passa a ser regulado pelos princípios da eticidade, da lealdade e da boa-fé objetiva. Dignidade que se apresenta inserida na função social da propriedade, na redução dos prazos de usucapião. Dignidade que se estampa num novo desenho de família e de sucessões, com reconhecimento jurídico de situações de fato, de ligações afetivas.

Na atual concepção jurídica de pessoa humana, “*basta ter a qualidade de ser humano para o ordenamento jurídico reconhecer a qualidade de dignidade*”.¹⁹⁴ Portanto, a aquisição jurídica da dignidade decorre do simples fato de ser humano, mesmo antes do nascimento.

A interpenetração do princípio da dignidade humana na esfera do direito civil é o símbolo da aplicação dos direitos fundamentais na esfera privada, com o conseqüente esvaziamento da separação clássica entre o direito público e o direito privado.

Sujeito de necessidades e não apenas sujeito de direitos. É a atual concepção do ser humano na ordem jurídica. A aplicação dos direitos fundamentais na esfera jurídica privada espelha uma dialética de concretude. O grande desafio dos direitos fundamentais, dentre eles o direito a uma vida digna, é o da concretização daquilo que a ordem constitucional teoricamente garante. O desafio da concreção das garantias fundamentais impõe vasos comunicantes em todo o sistema. Tutelar e promover os direitos fundamentais conduz a uma necessidade de efetivação, que

¹⁹⁴ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade...* op. cit., p. 15.

depende da interseção axiológica da dignidade da pessoa humana nas relações civis.

Com essas premissas, o valor da dignidade humana revoluciona as relações jurídicas de direito privado, com especial efeito na autonomia privada. A liberdade jurídica individual, antes plena, é contida pelos valores constitucionais que guiam o sistema. O que era antes absoluto agora tem que ser conforme. Conforme os valores constitucionais que a sociedade brasileira elegeu.

A sociedade brasileira elegeu os valores da consciência social, da eticidade e da justiça substancial como alicerces. A mera informação sobre a transposição dos valores do direito civil para o direito constitucional não basta. É preciso ir além, com a compreensão mais profunda desse processo, com conteúdo especialmente axiológico, mais amplo do que a repercussão por uma estrutura piramidal do sistema.

Especial relevância assume, pois, o estudo da aplicação dos direitos fundamentais, em especial da dignidade humana, na esfera da autonomia privada.

8.2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A evolução dos direitos fundamentais é exemplo de que a compreensão do fenômeno jurídico pressupõe a percepção do ambiente social, político e econômico em que se delinea.

Em capítulo próprio neste trabalho foi demonstrado que os ciclos sociais, políticos e econômicos causam as transformações nos sistemas jurídicos. As mudanças exigem regras compatíveis com as novas relações jurídicas. As regras devem regular os valores vigentes, não apenas para consolidação dos que alcançam o poder, mas também para acomodação dos preteridos. Os avanços jurídicos podem ser conquistas de uma sociedade que amadurece, podem ser estratégias de projetos de poder ou podem ser instrumentos de continuidade de dominação.

O estudo da dignidade humana, no aspecto da evolução histórica, percorre fases de fundamental importância, dentre elas o Cristianismo, o iluminismo humanista, a obra de Kant e a reação às atrocidades da Segunda Guerra Mundial.

O Cristianismo deixou o legado da mensagem da valorização do homem como ser individual, não apenas como indivíduo em si, mas também com destaque para a importância do outro, com o pulsar da piedade e da solidariedade.

O movimento iluminista, por sua vez, na reação à religiosidade e defesa do próprio homem como centro do pensamento, criou terreno fértil para a evolução da concepção de dignidade humana. Evoluíram as teorias dos direitos individuais e do exercício democrático do poder.

O pensamento de Immanuel Kant apresentou formulação importante sobre a natureza do homem, em sua complexidade, nas relações consigo, com outros seres humanos, com as suas criações e com os elementos da natureza. A obra de Kant, num recorte resumido, trabalhou com a noção ontológica de dignidade humana, com a defesa da liberdade como forma de possibilitar o desenvolvimento humano. O Estado e o Direito deveriam ser organizados em prol dos indivíduos. O imperativo categórico foi composto pela necessária ideia de que o ser humano nunca possa ser visto ou usado como meio para alcance de outras finalidades.

Nesse percurso histórico, o ponto mais próximo e possivelmente mais marcante para a formulação do conceito atual de dignidade humana é a Segunda Guerra Mundial, fase em que o extermínio de um povo dependeu apenas de uma decisão política. As atrocidades e as destruições praticadas em nome de uma pretensa supremacia racial abalaram profundamente as convicções de diversos povos, em especial de nacionalidades européias. Com o fim da Segunda Guerra, o mundo reagiu com a criação da Organização das Nações Unidas e a proclamação da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Sob a égide do denominado Estado Social, o papel do Estado deixou de ser despótico, e passou a se submeter aos valores que a sociedade elegeu fundamentais para a ordem social, política e econômica. Todo poder deveria ser

exercido em conformidade com os valores e princípios de uma ordem constitucional. As Constituições passaram, assim, a incorporar os direitos fundamentais, força motriz para o desenvolvimento da sociedade.

O momento histórico reclamou a mudança de paradigma das garantias formais para as garantias substanciais. O desafio deixou de ser a formulação do direito. Surgiu a questão de sua concretude. O sistema posicionou o ser humano no centro, como seu meio e fim. A era das edições das chamadas Constituições Sociais foi marcada por esse resgate de humanidade e de cidadania.

Um novo direito foi construído a partir da centralidade da pessoa humana. Os valores elevados ao âmbito constitucional precisavam ser realizados e exigiam um processo de concretização. Conforme teoria constitucional de Friedrich Müller, a norma jurídica é mais do que o seu teor literal. Este funciona de “*acordo com o tipo da norma, de maneiras distintas, como diretriz e limite da concretização admissível*”.¹⁹⁵ A interpretação do texto da norma é um componente importante, mas não único da implementação de sinais de ordenamento normativo em casos determinados. Desse modo, antes de se falar de interpretação ou explicação, deve-se atentar para a concretização da norma.

O período pós-positivista ultrapassou o legalismo estrito e avançou com a ascensão de valores. Houve o reconhecimento da normatividade dos princípios e da essencialidade dos direitos fundamentais.

O reconhecimento de os direitos fundamentais operarem sua eficácia nas relações interpretativas¹⁹⁶ é, possivelmente, o aspecto nuclear da denominada constitucionalização do Direito Civil. A Constituição deixa de ser apenas uma carta

¹⁹⁵ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho no direito constitucional*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 105.

¹⁹⁶ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; FACHIN, Luiz Edson. Direitos Fundamentais, Dignidade da Pessoa Humana e o Novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang [org.]. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 100.

política e passa a assumir uma qualificação de elemento integrativo de todo o ordenamento jurídico – inclusive do Direito Privado.

O processo de concretização da norma constitucional passou a ser permanente. Nele, o valor da dignidade humana deve ser interpretado e aplicado com toda a sua carga semântica. Não basta o movimento de transposição desse valor para a ordem constitucional, porque o modelo anterior demonstrou a fadiga e a inoperância de uma proposta meramente ideal e teórica.

O novo século se iniciou com a concepção de que o Direito é vivido como um sistema aberto de valores, sendo a Constituição um instrumento destinado a realizá-los, com permeabilidade a um infinito rol de possibilidades concretas.

A missão, portanto, é de concreção dos direitos fundamentais a partir do valor da dignidade humana, através da técnica da cláusula geral. Irradia-se o valor da dignidade humana para os ordenamentos infraconstitucionais. As regras do direito civil passam a ser mediatizadas pela Constituição Federal.

O problema mais crítico do Direito tem sido, precipuamente, estabelecer um compromisso aceitável entre os valores fundamentais comuns, capazes de fornecer os enquadramentos éticos e morais nos quais as leis se inspiram, e o mais amplos espaços de liberdade, *“de modo a permitir a cada um a escolha de seus atos e a condução de sua vida particular ou de sua trajetória individual, de seu próprio projeto de vida”*.¹⁹⁷

Na esfera do direito dos contratos, a liberdade jurídica foi profundamente modificada a partir desse processo de constitucionalização. A liberdade de contratar foi revista com base em valores inculpidos no texto constitucional, contida pelos valores que se sobrepõem aos interesses meramente individuais. Mas o direito civil, e em especial o direito dos contratos, não pode abandonar o princípio da liberdade como

¹⁹⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. *O conceito de dignidade...* op. cit., p. 111.

espaço de autodeterminação, porque seria renunciar à essência do instituto. É preciso adequá-lo a essa nova realidade jurídica.

8.3. NOTAS CONCEITUAIS

O desafio da concretização dos direitos fundamentais se depara com a propositada vagueza semântica das cláusulas gerais previstas no ordenamento jurídico. A polissemia conceitual concorre com o uso muitas vezes indiscriminado de certos valores e princípios. A dignidade humana é expressão fluida, tema de estudo da filosofia, teologia, sociologia e da ciência jurídica.

O conceito de dignidade humana pressupõe a compreensão humana, naquilo que a distingue e assemelha. O duplo aspecto da igualdade e o da diferença é típico da pluralidade humana. Pontua Hannah Arendt que, “*se não fossem iguais, os homens não seriam capazes de compreender-se entre si e aos seus ancestrais, nem de prever as necessidades das gerações futuras*”.¹⁹⁸ E, por outro lado, se não fossem “*diferentes, os homens dispensariam o discurso ou a ação para se fazerem entender, pois os simples sinais e sons poderiam comunicar suas necessidades imediatas e idênticas*”.¹⁹⁹

Na linha da filosofia kantiana, o ser humano como ser provido de razão existe como fim, e não simplesmente como meio. Essa noção é o primeiro passo para a limitação do arbítrio e a imposição de respeito. Todas as normas decorrentes da vontade legisladora dos homens devem ter como finalidade este mesmo homem. Por isso “*a pessoa é um centro de imputação jurídica, porque o Direito existe em função dela e para propiciar seu desenvolvimento*”.²⁰⁰ A dignidade, nesse compasso, é atributo intrínseco da pessoa humana, valor superior e que não admite substituição. Nesse sentido, a dignidade não é uma criação constitucional, mas sim um valor a *priori*, um

¹⁹⁸ ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. 9ª Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p. 188.

¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 188.

²⁰⁰ SILVA, José Afonso da. *Comentários contextual à Constituição, de acordo com a Emenda Constitucional 52 de 8.3.2006 (Dou 9.3.2006)*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 37.

dado que antecedente de toda e qualquer experiência especulativa. O ser humano como um fim em si mesmo é considerado um axioma da civilização universal.

O significado da dignidade se relaciona ao respeito inerente a todo o ser humano, por parte do Estado e das demais pessoas, indiferente a qualquer noção de valor patrimonial.²⁰¹ O princípio da dignidade da pessoa humana situa um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas “*por sua só existência no mundo*”.²⁰² Tal princípio alcança tanto a liberdade e valores do espírito quanto condições materiais de subsistência.

São notas típicas da dignidade da pessoa humana essa consideração respeitosa a condição humana universal, na correlação direta com a busca de condições materiais mínimas de existência. Se relevadas estas últimas, o valor da dignidade humana ficaria com sua realização impossibilitada.

A universalidade e incondicionalidade próprias da dignidade humana alicerçam uma perspectiva fundamental de alteridade. O respeito à dignidade do outro é o ponto de partida dessa gênese universal e incondicional. O sujeito deve reconhecer a existência de outros seres humanos iguais a ele, também merecedores do mesmo respeito e dotados de autodeterminação. Quando se reconhece a existência de outros seres iguais, concretiza-se o princípio da igualdade. Igualdade não meramente formal, mas também substancial. A igualdade substancial enfrenta a questão de que os homens não são iguais entre si. Por isso, ao invés da busca de uma identidade humana comum, parte-se para o reconhecimento do direito a diferenças.

8.4. COEXISTÊNCIA DE INTERESSES E PONDERAÇÃO

O reconhecimento do outro é a aceitação do multiculturalismo, da diversidade de crenças, de opções sexuais, políticas, enfim, do pensar e existir de forma diferente,

²⁰¹ ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana...* op. cit., p. 8.

²⁰² BARROSO, Luís Roberto [org.]. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 38.

sem discriminações. O pensar e ser diferente se realizam no campo da dialética dos seres humanos, na coexistência de interesses. Coexistência de interesses implica em possíveis conflitos. Eles se multiplicam na medida da complexidade da sociedade e de suas relações humanas, sociais, e culturais.

Considerada a igualdade substancial como elemento integrativo da dignidade humana, a solução desses possíveis conflitos demanda a prática metodológica de compatibilização de princípios, pela técnica da ponderação. Também na esfera privada essa técnica de ponderação mostra-se de aplicação indispensável.

Para a correta aplicação da técnica da ponderação, impõe-se a compreensão da estrutura das normas de direitos fundamentais. Robert Alexy destaca a distinção entre regras e princípios. Tal distinção é necessária porque, diante de um conflito, a falta de uma correta distinção pode levar a falsos conflitos. Para ele, “*o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes*”²⁰³

Nessa perspectiva, princípios são mandamentos de otimização que podem ser satisfeitos em variados graus. A satisfação de um princípio não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas, cujo âmbito é determinado pelos princípios e regras colidentes. As regras, por outro lado, são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Regras possuem determinações no universo daquilo que é fática e juridicamente possível.

A distinção qualitativa entre regra e princípio “*é um dos pilares da moderna dogmática constitucional, indispensável para a superação do positivismo legalista, onde as normas se cingiram a regras jurídicas*”.²⁰⁴ A partir dessa percepção, a Constituição é encarada como um sistema aberto de princípios e regras, através do

²⁰³ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais...* op. cit., p. 90.

²⁰⁴ BARROSO, Luís Roberto [org.]. *A nova interpretação constitucional...* op. cit., p. 30.

qual fluem “valores jurídicos suprapositivos”,²⁰⁵ com especial relevo para a justiça e a realização dos direitos fundamentais.

Tratando-se de alteridade como elemento fundamental à igualdade substancial, que por sua vez é elemento integrativo da dignidade humana, a este estudo interessa a hipótese de conflito entre princípios. No direito a diferenças no âmbito dos interesses privados, qual a metódica possível?

Defende Robert Alexy que, se dois princípios colidem, um deles tem que ceder. Isso não quer dizer, entretanto, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deva ser introduzida uma cláusula de exceção. Diz ele que “*na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta.*”²⁰⁶ Com isso, defende que os conflitos entre princípios ocorrem na dimensão do peso e a solução correta depende da aplicação da técnica da ponderação. A colisão entre princípios não pode ser posta em termos do *tudo ou nada*.

Conceitualmente, a “*ponderação pode ser descrita como uma técnica de decisão própria para casos difíceis (do inglês ‘hard cases’), em relação aos quais o raciocínio tradicional da subsunção não é adequado.*”²⁰⁷ Na tarefa tradicional de subsunção, a premissa maior incide sobre a premissa menor e produz a solução do caso concreto. Nos casos difíceis, mais de uma premissa maior é igualmente válida e da mesma hierarquia. A subsunção não é capaz de solucionar o caso. A técnica da ponderação é aquela pela qual se procura estabelecer o peso relativo de cada um dos princípios contrapostos.²⁰⁸ Quando dois ou mais princípios de uma mesma hierarquia entram em conflito, deve ser utilizada técnica de atribuição de pesos aos elementos em conflito, ao menos para decidir sobre a aplicação preponderante de um deles. Numa

²⁰⁵ BARROSO, Luís Roberto [org.]. *A nova interpretação constitucional...* op. cit., p. 30.

²⁰⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais...* op. cit., p. 93.

²⁰⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.55.

²⁰⁸ BARROSO, Luís Roberto [org.]. *A nova interpretação constitucional...* op. cit., p. 32.

primeira fase, esse exercício de ponderação pode se desenvolver num campo abstrato, quando se analisa em tese a convivência entre os enunciados normativos, pela experiência ou pela observação de casos que se repetem. Se essas normas não convivem adequadamente, há de se pesquisar os elementos do caso real.

No conflito entre princípios, a solução que prestigiar a dignidade humana terá preferência sobre as demais. O que decorre da premissa maior de que os direitos fundamentais têm preferência sobre as demais disposições normativas. O princípio da unidade da Constituição não é abalado por essa preferência. Dentro do plexo de normas constitucionais, justifica-se a superioridade de algumas que possuem funções diferenciadas. Essa preferência ocorre no campo da hermenêutica e não compromete a unidade do sistema.

Diante da opção da Constituição pela maior carga axiológica à dignidade humana, o exercício da ponderação há de preferir os direitos fundamentais sobre outras normas.

Mesmo para os positivistas, a opção do legislador constituinte representa uma razão verdadeiramente normativa para a preferência dos direitos fundamentais. Para além dessa visão positivada, sobram razões universais de ordem humanitária e democrática, para tal prevalência. O privilégio à centralidade da pessoa humana resulta na possibilidade de restrição parcial de outros princípios para assegurá-la. No caso de colisão, a técnica da ponderação há de apontar a solução que assegure a concretização da dignidade individual.

A medida da necessidade do exercício da ponderação, todavia, é proporcional à da necessidade de controles que evitem abusos ou subjetivismos. A atribuição de pesos aos princípios não pode ficar ao sabor dos casuísmos, sobretudo porque essa atuação ocorre em meio ao terreno de disposições constitucionais que a ordem jurídica guindou ao mais elevado patamar.

A técnica da ponderação deve atentar sempre para o caso concreto, com ênfase no maior número de elementos normativos e no peso que eles assumem para a solução que em maior grau concretize o valor da dignidade humana.

8.5. NOVAS POSSIBILIDADES

Com essa nova linha hermenêutica, o intérprete e o aplicador do Direito se deparam com possibilidades e limites, dentre eles a possibilidade de conflito entre a liberdade contratual e a dignidade da pessoa humana.

Interessa saber de que forma a técnica da ponderação pode ser utilizada para ajustar aquela liberdade contratual, antes plena, ao novo modelo de sistema jurídico. Fixou-se a noção de que as transformações ocorridas no direito civil não representaram a sua extinção; ao contrário, o fortaleceram. Nessa ótica, a abertura do sistema e a irradiação dos direitos fundamentais sobre os institutos do direito civil não representaram o fim da liberdade de contratar.

A liberdade contratual e os demais institutos do direito civil passaram a ser revisitados à luz da tábua axiológica constitucional. Adotadas tais premissas, é inevitável que delas resultem conflitos entre o exercício da liberdade de contratar e os valores constitucionais.

As perspectivas dinâmica e dialética do fenômeno contratual revelam que o âmbito de atuação dos contratantes desdobra-se para além do ato de contratar. Nesse percurso do vínculo obrigacional, dois fatores demandam conciliação: preservação de um campo de liberdade e compatibilidade dessa possibilidade de atuação com o ordenamento constitucional.

A evolução dos conceitos de negócio jurídico e de autonomia privada acompanha a evolução dos direitos fundamentais, da concretização das garantias e da realização dos valores constitucionais. Para isso concorre a crescente reaproximação do Direito Privado com o Direito Público, enfraquecida a dicotomia que impedia a existência de vasos comunicantes entre os dois subsistemas.

Tais transformações são geradas a partir da concepção de que os modelos formais de liberdade e de igualdade deixaram de responder às funções que a sociedade deles espera. Por meio dos influxos da ideia de igualdade e do princípio

democrático, a concepção liberal dos direitos fundamentais passa por fortes mudanças, “*pois, ao lado da dimensão subjetiva, a qual resguardava o indivíduo contra o abuso do Poder do Estado, os direitos fundamentais assumem uma dimensão objetiva.*”²⁰⁹

O direito dos contratos foi profundamente atingido pelas transformações. A necessidade de compatibilidade entre a liberdade de contratar e os direitos fundamentais é fator evolutivo do sistema. Diante da insuficiência da liberdade para que as necessidades de todos sejam satisfeitas, “*passa-se a pensar o produto dessa liberdade, o negócio, como instrumento de realização dos interesses privados e não como afirmação da liberdade.*”²¹⁰

A mudança reside, portanto, na constatação de que o contrato não se diferencia pela liberdade do sujeito, mas sim pela função que desempenha. O puro exercício da autonomia privada não é suficiente para a automática satisfação dos interesses gerais. Mais do que isso, até mesmo no âmbito interno, a autonomia plena muitas vezes se revela inapta para realizar o equilíbrio dos interesses dos contratantes. A denominada autonomia da vontade cede lugar para a autonomia privada, que é o exercício da liberdade de contratar em conformidade com o ordenamento jurídico. A vontade individual passa a ser vinculada aos valores constitucionais. A autonomia da vontade é exercida em conformidade com a ordem constitucional. A reconstrução do direito dos contratos impõe diversas tarefas, dentre as quais a compatibilidade da liberdade individual com os direitos fundamentais e princípios da Constituição.

A partir do momento em que a dignidade da pessoa humana ocupou o centro do ordenamento jurídico, mudou a concepção do contrato, antes influenciada por valores individualistas.

²⁰⁹ SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. *Aplicação dos direitos fundamentais...* op. cit., p. 88.

²¹⁰ PRATA, Ana Maria Correia Rodrigues. *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*. Coimbra: Almedina, 1982, p.22.

Operou-se aquilo que a doutrina denomina de alargamento do conteúdo do contrato, frente ao acentuado declínio do dogma da vontade. E isso decorreu de uma nova concepção acerca da relação obrigacional. Enquanto o sistema jurídico permaneceu fechado em defesa dos postulados liberais, a fonte obrigacional mostrava-se eminentemente dualista: a obrigação decorria ou da vontade ou da lei. Disso resultava a clássica divisão entre a responsabilidade contratual e a extracontratual, decorrente do descumprimento do pacto ou do dispositivo expresso em lei.

Outros elementos valorativos permeiam o vínculo obrigacional, consubstanciados, dentre outros, em condutas objetivamente consideradas pelo ordenamento jurídico. Dentre essas condutas, sobressai-se a boa-fé objetiva como elemento fundamental para o exercício da técnica de ponderação. Na hipótese de conflito entre a liberdade de contratar e a boa-fé objetiva, deve o aplicador do direito buscar a solução que concilie os princípios da liberdade e da dignidade humana.

A aplicação da boa-fé objetiva é capaz de resolver o potencial conflito, a partir de quando atribui a ambos os contratantes o dever de colaboração, na consecução da finalidade do contrato, vista sob o ângulo de satisfação das duas partes. Desse modo, a aplicação da boa-fé objetiva é eminentemente o exercício da técnica de ponderação. De forma imediata, essa ponderação concilia os interesses das partes contratantes, de forma a evitar a prevalência de algum deles contra o dever de cooperação. De forma mediata, a boa-fé objetiva concilia os princípios constitucionais de uma sociedade livre e os de uma sociedade centrada na dignidade da pessoa humana. Diante do caso concreto, em que se apresente conflito entre os interesses do credor e do devedor, deve ser adotada a solução que contemple o dever de cooperação entre as partes, derivado da prevalência do princípio da dignidade humana.

A dignidade da pessoa humana, destarte, permite que o contrato, assim como outros institutos do direito privado, alcance função muito mais nobre e importante do que a mera satisfação da vontade individual. Sem perdê-la, faz desse instrumento um meio de realização de justiça social e de uma ordem econômica mais substancialmente distributiva e solidária.

Na função hermenêutica-integrativa, a boa-fé objetiva permite a realização do “*plano de valoração do legislador*”.²¹¹ Quando se interpreta o contrato conforme conduta objetiva da boa-fé, busca-se a consideração do negócio jurídico como um conjunto significativo, posto para a consecução de certa finalidade e da função social que lhe é correspondente. O exercício dessa missão eleva a atuação do intérprete para mais do que simples flexibilização, alcançando atuação integrativa, de modo a incluir no contexto do contrato deveres de atendimento aos legítimos interesses da contraparte e do próprio sistema.

A boa-fé objetiva impressiona pela capacidade operativa. Muito mais do que auxílio a uma releitura dos princípios clássicos do direito dos contratos, a boa-fé é potente meio de realização do princípio da dignidade humana, na medida em que o contrato é o meio por excelência de satisfação das necessidades existenciais. Portanto, contrariamente aos que entendiam a revolução do direito civil como prenúncio de sua extinção, a abertura axiológica do sistema veio muito mais reforçá-lo. O instituto da boa-fé objetiva fortalece a existência do contrato como meio privilegiado de associação das partes, mas visto sobre outro enfoque, muito mais relevante do que antes.

Tudo isso remete ao princípio da dignidade humana, porque a boa-fé e a lealdade remetem à consideração da alteridade, da condição própria do outro. O contrato atende a sua função social quando realiza o valor da dignidade humana. O tema da alteridade revela-se de importância crucial no âmbito jurídico, porque, afinal, “*é em função da relação com os semelhantes que surge a necessidade e a própria razão de ser do Direito*”.²¹² Eleva-se de importância o tema da dignidade humana e do imperativo de respeitá-la nos espaços de convivência.

O desafio da realização dos princípios, pois, reclama do intérprete a materialidade dos valores. Esse desafio deve ser enfrentado a partir da noção de que a boa-fé objetiva possibilita a solução de conflitos entre interesses privados, a partir da

²¹¹ WIEACKER, Franz. *El principio general...* op. cit., p. 52.

²¹² SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Hermenêutica filosófica...* op. cit., p. 152-153.

técnica de ponderação de princípios constitucionais, com preferência para o desfecho que priorizar o princípio da dignidade humana.

CAPÍTULO IX – CONTRATOS BENÉFICOS

Feitas as considerações sobre a boa-fé objetiva em suas diversas funções, especialmente como fator de abertura do sistema jurídico, irradiada pelo princípio da dignidade humana, é aberto o campo propício à análise dos contratos benéficos à luz das premissas fixadas nos capítulos anteriores.

9.1. CONSIDERAÇÕES GERAIS E CRÍTICAS SOBRE AS CLASSIFICAÇÕES DOS CONTRATOS

Os contratos são agrupados em determinadas categorias, por afinidades de regras comuns a elas aplicáveis. Há, portanto, utilidade aparentemente neutra na adoção de critérios classificatórios, pela possibilidade de identificação de fatores redutivos da matriz do fenômeno contratual e da base de incidência de normas próprias.

No direito romano, os contratos eram classificados em consensuais (formados pelo mero consenso das partes); reais (fundados na entrega de alguma coisa); verbais (caracterizados pela observância de formas orais solenes); e literais (convencionados por escrito). A classificação romana foi substituída por outras qualificações no direito moderno, assim como desapareceu a distinção entre pactos (desprovidos de coerção e correspondentes à ação) e contratos.²¹³

Modernamente, a doutrina nacional, em regra, agrupa os contratos em bilaterais ou sinalagmáticos e unilaterais; onerosos e gratuitos; consensuais e reais; solenes e não solenes; principais e acessórios; instantâneos e de duração; de execução continuada e de execução diferida; típicos e atípicos; pessoais e impessoais.²¹⁴

Dentre as mencionadas qualificações jurídicas, aquela de maior envergadura e de interesse específico para o presente trabalho é a que agrupa os contratos em

²¹³ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. v 5. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 23-24.

²¹⁴ GOMES, Orlando. *Obrigações...* op. cit., p. 83-84.

bilaterais (ou sinalagmáticos) e unilaterais. Essa classificação deve ser compreendida face os efeitos da avença, porque, naquilo que diz respeito à formação, todo negócio jurídico é bilateral. A bilateralidade não é do consentimento, mas sim da obrigação contratual.

Os métodos de classificação dos contratos são usados para facilitação da incidência das regras previstas no ordenamento jurídico. Instrumentos de categorização para regulação das relações jurídicas pelo direito posto, as classificações possuem a função de submissão das espécies contratuais a regras e princípios. A adoção de um método classificatório é vantajosa para a sistematização do pensamento científico, porque reduz a natureza do objeto de pesquisa, transparece segurança e domínio da ciência sobre a matéria de estudo. Apesar disso, a visão crítica não pode ser obscurecida. A pesquisa científica, no campo jurídico, não pode ser dissociada das ideologias e dos sistemas dominantes. As classificações propostas para os contratos não fogem a essa regra. Reproduzem noções e categorias firmadas em lei, para facilitar a incidência de regras do próprio ordenamento vigente.

Pairam dúvidas profundas sobre o sentido do Direito no nosso contexto histórico-social e cultural, com quebra do modelo tradicional e dominante da normatividade jurídica.²¹⁵ O que provoca forte perplexidade ante a necessária opção entre perspectivas divergentes que se oferecem como atualmente possíveis.

A metodologia da pesquisa em Direito pode seguir dois caminhos: ser apenas uma reflexão legitimadora e justificadora do sistema posto e, portanto, mera explicação dos institutos jurídicos; ou ser uma reflexão crítica, desmistificadora, denunciadora de processos que retroalimentam o sistema de dogmas, aparentemente neutro. É a opção entre a confirmação das respostas que o sistema posto apresenta e a busca de outras respostas possíveis. Reflexão com liberdade. E somente se tem liberdade quando há desvinculação das crenças, do desejo de certeza, do ópio intelectual.

²¹⁵ NEVES, A. Castanheira. *A crise actual da filosofia do direito no contexto global da filosofia: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 1.

Pensar o Direito com diagnóstico dos valores que o sistema adota é verificar que a resposta possível a ser encontrada na pesquisa não exclui eventuais alternativas. Entender o sentido universal do Direito é perceber a existência de direitos, em suas múltiplas realidades históricas, suas condições e forças motrizes. Refletir sobre para que e para quem o Direito serve é observar que há um sentido legitimador de uma ordem pré-constituída, para proteger juridicamente os interesses que uma sociedade ou grupo dominante, num dado momento, elege como prioridade.

É preciso perseguir um mesmo instituto jurídico a partir de diferentes perspectivas, ciente de que contradições virão de modo necessário, mas serão mitigadas diante de constantes reflexões e experimentos com o pensamento. Mesmo os valores jurídicos que atualmente fundam o nosso sistema jurídico não podem se eximir de uma análise multilateral. Os dogmas somente se manterão como tais diante do medo e da ausência de reflexão, diante da covardia intelectual e da comodidade da certeza e das crenças.

Com a classificação dos contratos, isso não é diferente. O agrupamento das espécies contratuais não pode ser aceito de forma neutra, inerente à própria natureza da relação contratual. A afirmação de que o contrato é unilateral, porque obriga apenas uma das partes, serve ao propósito dogmático de preservar a intangibilidade da liberdade contratual, de manter a visão estática do vínculo obrigacional, de desvincular um dos contratantes de outros parâmetros de conduta, senão consoantes a sua própria vontade.

A análise da aplicação da boa-fé objetiva nos contratos benéficos exige reflexão crítica do dogma científico da classificação do contrato em bilaterais e unilaterais, atualmente oneroso e benéfico.

9.2. NOTAS CONCEITUAIS

Repercutiu no direito brasileiro a definição de contrato oneroso contida no artigo 1.106 do *Code Civil* francês. Oneroso seria o contrato que é feito para o interesse e utilidade recíproca das partes, enquanto que o benéfico faria a utilidade de um só

contratante. A distinção se funda na “*reciprocidade ou unilateralidade das utilidades ou dos interesses*”.²¹⁶ O autor compara o conceito do direito italiano com a definição contida no artigo 1.101 do Código Civil italiano, segundo o qual o contrato é a título oneroso quando “*cada um dos contraentes pretende, mediante equivalente, obter uma vantagem; a título gratuito ou de beneficência é aquele em que um dos contraentes pretende dar vantagem ao outro, sem equivalente*”.²¹⁷ O elemento de diferenciação, portanto, seria a equivalência entre as vantagens.

Enquanto os franceses adotaram a utilidade como elemento de diferenciação, os italianos fundaram a distinção no sacrifício ou ônus para apenas uma das partes. Daí a denominação de “contrato oneroso”, na medida em que onera as duas partes, enquanto que o gratuito sacrifica (patrimonialmente) apenas uma delas. A distinção francesa é guiada pelo elemento da intenção liberal ou do ânimo de quem pratica a liberalidade. Por isso, considera gratuito o contrato em que uma das partes se obriga desinteressadamente; e oneroso aquele em que ambas as partes agem interessadamente. As duas doutrinas foram responsáveis pelo balizamento de perspectivas conceituais distintas. Aquela que é baseada no ônus recíproco ou unilateral possui caráter nitidamente objetivo, enquanto a que prestigia o ânimo de generosidade é eminentemente subjetiva.

A doutrina brasileira, edificada sob a égide do Código Civil de 1916, define os contratos gratuitos como aqueles que, nas palavras de Clóvis Bevilacqua, “*somente para uma das partes geram obrigações*”.²¹⁸ A doutrina tradicional enxerga contratos que nascem com obrigações apenas para uma das partes. Assevera Orlando Gomes que o contrato é unilateral se, quando da sua formação, origina obrigação tão-somente para uma das partes: “*a outra parte não se obriga*”.²¹⁹

²¹⁶ ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Aspectos da Evolução da Teoria dos Contratos*. São Paulo: Saraiva, 1949, p. 30.

²¹⁷ *Ibid.*, p. 30.

²¹⁸ BEVILACQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*. Ed. Histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1975. p. 172.

²¹⁹ GOMES, Orlando. *Obrigações...* op. cit., p. 85.

Ao escrever sobre a natureza do contrato de comodato, Pontes de Miranda destaca que “*não há vantagem do lado do comodante, que permita pensar-se em onerosidade*”²²⁰, de certo modo filiando-se ao critério objetivo de distinção.

Tais considerações doutrinárias permitem identificar, no âmago conceitual clássico do denominado contrato gratuito, a perspectiva de criação estanque de obrigações e de direitos quando da formação do contrato. Apenas uma das partes se obriga, do que resulta o peso do contrato apenas para um lado, com efeitos passivos exclusivamente sobre um dos contratantes, e somente ativos para outro.²²¹

Noutro passo, nos contratos bilaterais e onerosos, as duas partes, simultaneamente, ocupam as funções de credor e de devedor, com direitos e obrigações correlatas. Vantagem e sacrifício integram a estrutura desses contratos.

Apesar de o Código Civil de 1916 não conter dispositivo com as mencionadas definições, o artigo 1.057 tratava da responsabilidade civil nos denominados contratos unilaterais e bilaterais, acolhendo a classificação. Com a edição do Código Civil de 2002, a classificação foi mantida: o artigo 392 reproduziu o artigo 1.057 do Código de 1916, apenas com a substituição da nomenclatura de “unilaterais” por “benéficos” e “bilaterais” por “onerosos”.

Com essas atuais nomenclaturas, o legislador deixou clara a distinção entre contratos bilaterais e onerosos, e entre contratos unilaterais e gratuitos. Embora, na maioria das hipóteses, possam coincidir, bilateralidade e unilateralidade encontram fundamento no conteúdo das obrigações; enquanto onerosidade e gratuidade repousam no objetivo colimado.²²²

²²⁰ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado: Parte Especial*. v. 46. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984. p. 136.

²²¹ GOMES, Orlando. *Obrigações...* op. cit., p. 85.

²²² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. 3, Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 68.

A produção doutrinária brasileira, mesmo após a edição do novo diploma civil, signo da abertura do direito privado para uma nova era, manteve a posição de classificação entre contratos benéficos e onerosos, no sentido clássico. Sobre o atual artigo 392 do Código Civil, comenta-se que a “*letra da lei aproximou-se do verdadeiro teor da norma*”.²²³

9.3. CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS DA DISTINÇÃO NO ORDENAMENTO

O ordenamento jurídico brasileiro, em razão da distinção entre contratos benéficos e onerosos, diferencia certas regras de incidência. O sinalagma, dependência recíproca de prestações, atrai regras próprias para os contratos onerosos, consideradas impróprias aos pactos benéficos.

Em razão de o contrato benéfico acarretar vantagem apenas para um dos contratantes, e sacrifício patrimonial para o outro, a interpretação é sempre estrita. Prescreve o artigo 114 do Código Civil de 2002 que se interpretam restritivamente os negócios jurídicos benéficos e a renúncia. O intérprete deve se limitar ao que, estritamente, dispõem os contratos. Somente prevalece o teor disposto na avença, com efeitos cingidos à vontade de quem pratica a liberalidade. A este será imputado o dever de prestar, no exato sentido da obrigação contraída.

A regra prevista naquele artigo 114 estabelece orientação hermenêutica de contenção. O intérprete, diante do desprendimento de quem institui o benefício, deve preservar o alcance da declaração de vontade do instituidor. Essa orientação de interpretação dos negócios jurídicos benéficos prestigia a vontade de quem o contrato não beneficia. O ordenamento jurídico restringe a possibilidade de interpretação extensiva, inibidora do espírito de benevolência. Evita desestímulo à prática de negócios jurídicos benéficos.

²²³ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAIS, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. v. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 702.

A interdependência das obrigações é, tradicionalmente, vista apenas nos contratos onerosos, com incidência de outras diferenças em relação aos contratos benéficos. Exemplo disso é a exceção de contrato não cumprido, prevista no artigo 476 do Código Civil de 2002. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprir a sua obrigação, pode exigir o cumprimento da prestação do outro. A exceção paralisa a execução do contrato, para preservar a relação de interdependência obrigacional. Outra situação jurídica peculiar aos contratos onerosos diz respeito à presunção de condição resolutiva. Entende a doutrina clássica que o inadimplemento culposo da obrigação de uma das partes constitui justa causa para a resolução do contrato, em razão da correlação entre as prestações. Tal condição resolutiva é reputada imprópria à estrutura do contrato benéfico.²²⁴ Nesses, em caso de força maior determinante de inadimplemento, os riscos são assumidos pelo credor (a coisa perece para o credor). O devedor não está obrigado a restituí-la. Especificamente nos contratos de doação, o doador não responde por evicção, nem por vícios redibitórios, salvo naquelas com encargo, nos termos do artigo 552 do Código Civil.

Os contratos benéficos podem ser anulados mediante ação pauliana, independentemente de comprovação de má-fé, bastando o estado de insolvência do devedor. O ordenamento jurídico age de forma mais enérgica nas hipóteses de fraude com origem em contratos benéficos.

Ainda nos contratos benéficos, o erro em relação à pessoa tem maior efeito do que nos contratos onerosos. A liberalidade é praticada em benefício de alguém, a quem o instituidor atribui merecimento ou atributos justificadores do benefício. Nos contratos onerosos, tal situação apenas é verificada nos negócios realizados em razão da pessoa, a exemplo da locação.

Dentre todas as distinções, aquela que mais importa para o recorte deste trabalho é relacionada à questão da responsabilidade civil nos contratos benéficos e nos contratos onerosos. Nos contratos benéficos, quase sempre ditados pela liberalidade, “a responsabilidade do devedor pelo ilícito deve ser sempre apreciada

²²⁴ GOMES, Orlando. *Obrigações...* op. cit., p. 86.

com maior indulgência, determinando-a somente, em regra, o ato praticado dolosamente".²²⁵

O aspecto da diferenciação do regime da responsabilidade civil é normatizado no artigo 392 do Código Civil de 2002: "*nos contratos benéficos, responde por simples culpa o contratante, a quem o contrato aproveite, e por dolo aquele a quem o contrato não favoreça*".

Por isso, o ordenamento jurídico, nos casos de contratos benéficos, exige a presença do elemento do dolo para a responsabilidade civil do inadimplente não favorecido pela avença. Este ponto será desdobrado nos capítulos seguintes, diante da aparente desvinculação do instituidor do benefício a parâmetros objetivos de conduta.

²²⁵ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil...* op. cit., p. 29.

CAPÍTULO X – RESPONSABILIDADE CIVIL NOS CONTRATOS BENÉFICOS

Diante da regra estabelecida no art. 302 do Código Civil, após o delineamento dos contratos benéficos, importa o aprofundamento do estudo acerca da responsabilidade civil. Tal instituto deve ser tratado tendo em vista os atuais princípios e novos contornos no direito contratual brasileiro.

10.1. A RESPONSABILIDADE CIVIL E A EVOLUÇÃO DO DIREITO PRIVADO

O estudo da evolução da responsabilidade civil pressupõe a análise do elemento da culpa. São duas as principais correntes: a psicológica e a normativa.²²⁶ Divergem na especificação dos requisitos do comportamento capaz de gerar responsabilidade. Na concepção subjetiva da época liberal a culpa é vista a partir da violação de um dever pré-existente, com indispensável presença da manifestação da vontade, livre e consciente, do agente, ao que corresponde um juízo moral de reprovação da conduta. Ao elemento subjetivo da vontade, é acoplado o requisito da previsibilidade do resultado, pressuposto lógico e psicológico de sua prevenção. Com tais elementos são consolidadas as noções de culpabilidade e de imputabilidade, fundamentais para a estrutura do liberalismo jurídico, pautado na autonomia plena dos indivíduos. Culpa, dano e nexa causal formam a tríade da responsabilidade no sistema liberal.

Os interesses econômicos que caracterizaram a ascensão da burguesia, especialmente os da garantia de absoluta liberdade de ação e de blindagem jurídica contra interferências das forças do regime anterior, explicam a utilização desses elementos como verdadeiras barreiras à responsabilização do agente. As provas do

²²⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 209.

caráter culposo e do nexo de causalidade representaram *filtros da responsabilidade civil*, com proposital função seletiva das demandas indenizatórias merecedoras de acolhimento.²²⁷

As dificuldades inerentes à prova judicial dos elementos da culpa subjetiva e do nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso, refletem um sistema de responsabilidade civil montado para a proteção do agente, e não da vítima. Os postulados do regime liberal mantinham a responsabilidade civil subjetiva mais a serviço dos fatores de produção do que dos lesionados. Naquele contexto histórico, maior acesso a indenizações poderia atingir os agentes, em veloz ascensão. O sistema liberal exerceu o controle das vítimas da atividade produtiva, por meio de óbices à concretização do direito de reparação.

No curso do Século XX, os fatores de evolução do sistema jurídico impactaram na teoria subjetiva da responsabilidade civil. Surgiu a corrente normativa, com a culpa fundada no erro de conduta, contrário a um dever geral de não lesar ninguém, ao lado de deveres previstos em lei ou em contratos. A culpa decorre de um desvio de padrão de conduta representado pela “*boa-fé e pela diligência média*”.²²⁸ Tornou-se possível a obtenção de proporção entre a conduta e o respectivo dano, com individualização da sanção. Foi facilitada a demonstração da culpa no caso concreto.

Ambas as correntes impõem a presença do ato ilícito, entretanto, muda a maneira pela qual é analisado. A corrente psicológica vincula a culpa à violação de um dever específico e preexistente, na esfera contratual ou extracontratual. A corrente normativa remete a culpa a descumprimento de padrão geral de conduta de boa-fé ou de diligência normal, verificada a partir de circunstâncias do caso concreto. A culpa é relativizada de acordo com *standards* ou parâmetros de avaliação, dentro

²²⁷ SCHREIBER, Anderson. *Novas tendências da responsabilidade civil brasileira*. Revista Trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro: Padma, v.22, jan./mar. 2003, p. 45.

²²⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana...* op. cit., p. 209.

de categorias de relações humanas, para confrontar a transgressão do padrão de conduta socialmente aceito.²²⁹

A solidariedade social e a dignidade humana redimensionaram a autonomia privada, na defesa da eficácia dos direitos fundamentais. Juntamente com o contrato, a responsabilidade civil é, assim, revista, a partir de nova dimensão axiológica. O ser humano passa a ser não apenas o valor estruturante, mas a própria razão de ser da responsabilidade civil. Em razão disso, aumentou a atenção do sistema jurídico com o dano sem indenização, dissonante da pretensa justiça social.

A sociedade atual precisa de novas respostas da teoria da responsabilidade civil. A transformação do processo produtivo acarreta maiores e diferentes perigos à sociedade. O sistema capitalista precisa que o processo produtivo seja aperfeiçoado constantemente, não apenas para a confiabilidade do mercado consumidor, como para a própria expansão desse mercado. A responsabilidade civil é potente instrumento de controle dos agentes produtivos.

Cresce a mentalidade reparatória; e a evolução econômica fomenta a mudança da responsabilidade civil para o sentido da objetivação. A complexidade e a velocidade de atuação dos agentes econômicos tornam os perigos exponenciais. A objetivação da responsabilidade civil encontra, nos riscos das atividades, regra matriz de incidência. As atividades que criam riscos para terceiros incorrem em responsabilidade pelo simples fato danoso, independentemente da culpa.

A responsabilidade civil objetiva deixa de ser exceção, porque os lucros da atividade econômica podem ser ainda mais alcançados num mercado em expansão, inserido em corpo social onde paire a sensação de expectativas normativas correspondidas. O mercado crescerá, na proporção da estabilidade das relações produtivas e da confiabilidade dos consumidores em aparente proteção, de si e do meio envolvente. O avanço da responsabilidade civil objetiva não pode ser compreendido fora do fenômeno da crise do sistema jurídico: “*o Direito sobrevive às crises, porque tem*

²²⁹ MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009, p. 44.

capacidade de renovar-se".²³⁰ A objetivação da responsabilidade é elemento regenerativo do sistema jurídico, em função das relações de produção que constituem a sua base material. Mas as vantagens sistêmicas da responsabilidade subjetiva não podem ser desprezadas. A liberdade de atuação, mesmo contingenciada, precisa remanescer. Ao mesmo tempo em que o sistema de produção exige instrumentos de controle, não pode desestimular a iniciativa dos agentes. A completa supressão da responsabilidade civil subjetiva seria intolerável pela inibição da atividade econômica.

A solução para essa tensão interna sistêmica é a coexistência dos dois modelos de responsabilidade civil. A responsabilidade por culpa não foi abandonada, continua presente no Código Civil de 2002. Na observação de Carlos Roberto Gonçalves, isto significa que a responsabilidade objetiva não substitui a subjetiva, "*mas fica circunscrita aos seus justos limites*".²³¹ Atualmente, portanto, o ordenamento jurídico brasileiro segue o modelo dualista de responsabilidade civil.

10.2. ATUAIS PRINCÍPIOS INFORMADORES DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO E NOVOS PARADIGMAS

A teoria atual da responsabilidade civil, no exercício de renovação do instituto, adota novos princípios, com destaque para os da reparação integral, da solidariedade social, da precaução e da dignidade da pessoa humana.²³² Com esses novos princípios, a responsabilidade civil abranje outras funções. Além da função clássica de indenizar a vítima de um dano provocado por ato culposo de outrem, a responsabilidade é vista como instrumento de realização do valor de justiça social. Para a ampliação do alcance da responsabilidade civil, o elemento formal do nexo de causalidade tem sido modificado, com nova interpretação (tendência de

²³⁰ GOMES, Orlando. *Raízes históricas...* op. cit., p. 105.

²³¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 24.

²³² MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabiliade civil...* op. cit., p. 67.

flexibilização da prova judicial do nexo de causalidade), na busca da concretização dos direitos fundamentais garantidos na Constituição Federal.

A responsabilidade civil objetiva segue a técnica de cláusula geral, para tutela da pessoa humana. Tal proteção existencial projeta a reparação dos danos para a esfera moral, em respeito aos direitos da personalidade, nos termos do artigo 5º, inciso X, do texto constitucional e do artigo 186 do Código Civil de 2002. Assim como no direito dos contratos, a responsabilidade civil recebe novos influxos axiológicos, centralizados na dignidade humana e unidos na solidariedade indispensável à coexistência social, com limites aos exercícios dos direitos subjetivos e relativização da autonomia da vontade. Os valores solidaristas são materializados quando há justiça distributiva, capaz de prover a igualdade substancial. A responsabilidade civil e os contratos passam a atuar na promoção desses valores e princípios.

Na seara da teoria dos sistemas, a responsabilidade civil é instrumento de autocontrole do sistema jurídico. O dever de indenizar é sanção contra fato jurídico repellido pelo código binário lícito/ilícito. O sistema jurídico identifica e qualifica o fato ou o ato jurídico, a partir dos elementos internos do ordenamento. A indenização do dano é forma de regeneração do Direito. As indenizações reparam os danos e equilibram os problemas provenientes de interferências indevidas no ambiente jurídico.

Apesar disso, o sistema tem consciência da necessidade de prevenção dessas interferências, porque elas significam anomalias dos elementos internos, com custos inerentes. O sistema jurídico parte então para medidas preventivas. Seria uma tendência de “*cada vez mais prevenção e precaução de danos*”²³³, com a inserção de agências reguladoras e de órgãos de fiscalização, além da crescente substituição das indenizações pelas coberturas securitárias.

²³³ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 53.

Os novos paradigmas da responsabilidade civil apontam para uma revisão profunda deste instituto. A evolução verificada não é restrita ao âmbito da responsabilidade extracontratual. Também a responsabilidade civil contratual é atingida por esses novos contornos.

10.3. NOVOS CONTORNOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL

O Código Civil de 2002 regulamentou a responsabilidade extracontratual, de modo genérico, nos artigos 186 a 188, e 927 e seguintes. A responsabilidade contratual foi tratada nos artigos 395 e seguintes, e 389 e seguintes. Nos primeiros dispositivos, relativos aos atos ilícitos, não fez qualquer correlação com o inadimplemento contratual, o que conforma a dualidade de tratamento entre responsabilidade contratual e extracontratual.

As tendências da responsabilidade civil apontam para o reexame da culpa, de seus requisitos e modo de análise. Os novos contornos impactam na responsabilidade civil contratual. No atual ordenamento jurídico brasileiro, o direito contratual passa a incluir valores extrapatrimoniais, fundado no respeito à dignidade humana, manifestado no princípio da igualdade substancial, base de uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal). A cláusula geral de tutela da pessoa humana faz prevalecer as situações jurídicas existenciais, com a personalidade alçada a valor fundamental do ordenamento.

Tais valores cardeais afetam as consequências pelo descumprimento de obrigação contratual, gerador da denominada responsabilidade contratual. Os interesses dos contratantes passam a ser tutelados à luz dos valores constitucionais, com necessário reexame dos critérios de seleção dos efeitos do desfazimento dos contratos.

Ressalvado o temor de banalização do ressarcimento dos interesses não-patrimoniais, adverte-se para a necessidade de reavaliação da função da

responsabilidade civil.²³⁴ Esse reexame funcional implica na percepção de que a reparação de danos não mais está exclusivamente contida na esfera individual do ofendido. O ordenamento jurídico valoriza a reparação civil como instrumento de concretização de garantias fundamentais, de valores e princípios do sistema. Na responsabilidade civil contratual, não é diferente.

A função social dos contratos, prevista no artigo 421 do Código Civil de 2002, expande os efeitos dos contratos para além das fronteiras da órbita individual. Condutas contrárias aos parâmetros de comportamento esperados dos contratantes afetam o sistema jurídico, seus valores e princípios.

Em estudo sobre uma nova categoria de dano na responsabilidade civil, sustenta-se a tese do *dano social*, consubstanciado na premissa de que certos atos lesivos não são mais apenas danosos ao patrimônio material ou moral da vítima, mas atingem “*toda a sociedade*”.²³⁵ O adimplemento substancial do contrato, dada a sua funcionalização, é de interesse do sistema jurídico. O descumprimento dos deveres gerais de conduta, portanto, afeta a observância dos valores e princípios tutelados pelo ordenamento e causa dano não apenas ao indivíduo interessado no contrato.

10.4. A REGRA DO ARTIGO 392 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

O artigo 392 do Código Civil de 2002 dispõe: “*Nos contratos benéficos, responde por simples culpa o contratante, a quem o contrato aproveite, e por dolo aquele a quem o contrato não favoreça. Nos contratos onerosos, responde cada uma das partes por culpa, salvo as exceções previstas em lei*”. Assim como no artigo 1.057 do Código Civil de 1916, reproduzido quase em sua totalidade pelo atual artigo 392, nos contratos benéficos, o dolo permanece como pressuposto da responsabilidade civil do contratante a quem o ajuste não aproveita. Nos contratos onerosos, cada uma das partes responde por culpa, salvo os casos em que a lei determinar a

²³⁴ SCHREIBER, Anderson. *Novas tendências...* op. cit., p. 64.

²³⁵ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 380.

responsabilidade independentemente de culpa. Verifica-se que, no mencionado dispositivo legal, prevaleceu o critério subjetivo para a responsabilidade civil contratual, sem consideração de qualquer exceção a parâmetro objetivo de conduta.

Nos contratos benéficos, a menção à responsabilidade por dolo remete ao elemento subjetivo da consciência e da vontade deliberada do sujeito. O dolo (principal ou accidental) é vício de vontade e ato ilícito. Remete à formação da declaração negocial, manobra astuciosa, mentira ou omissão maliciosa, que induz o outro a erro. Sem o dolo o negócio não seria realizado ou seria feito em condições menos desvantajosas. Modernamente, o conceito de dolo civil foi alargado e aceita-se a tipificação diante do procedimento doloso com a “*consciência do resultado*”.²³⁶ Basta verificar se o agente procedeu consciente de que o seu comportamento poderia ser lesivo. Segundo a letra da lei, aquele que celebra contrato em benefício de outrem estaria a salvo de responsabilização por qualquer fato relacionado ao negócio jurídico, salvo se atuasse dolosamente. O dolo é o fato gerador da responsabilidade civil, exclusivamente.

Portanto, para os contratos benéficos, o Código de 2002 manteve a mesma dimensão da responsabilidade civil contratual subjetiva, apesar dos avanços da responsabilidade objetiva nos mais diversos campos. Foi preservado o afrouxamento da responsabilidade civil de quem o contrato não aproveita, limitando-a aos casos de dolo do agente. A responsabilidade civil de quem pratica a liberalidade continua vinculada, para o legislador, ao dogma da vontade. O contratante, a quem a avença não beneficia, teria plena liberdade para agir e somente se lhe pode ser atribuída responsabilidade se agir com dolo.

O mencionado artigo 392, assim, se põe na contra-mão do fluxo evolutivo da responsabilidade civil. Apesar da marcha da objetivação dos elementos do instituto, o elemento volitivo do dolo aparenta restringir as possibilidades de responsabilização aos casos de comportamento ilícito e consciente do agente sobre o dano. O pressuposto da responsabilidade civil de quem pratica a liberalidade continua a ser

²³⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 9ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 66.

uma condição subjetiva. Inversamente, segundo a referida prescrição legal, aquele a quem o contrato não beneficia, nos contratos benéficos, não pode ser responsabilizado se a conduta, mesmo contrária aos padrões de comportamento, não tiver a consciência do dano que está a causar.

A leitura do conteúdo do artigo 392, quem pratica a liberalidade, mesmo em caso de violação dos modelos de conduta inerentes à boa-fé objetiva, se ausente a consciência sobre o dano, não poderá ser civilmente responsabilizado. Nesse contexto, diante das premissas estabelecidas nos capítulos anteriores, cabe analisar se o sistema jurídico atual comporta a convivência com regra de exceção à aplicação da boa-fé objetiva em matéria contratual, diante da peculiaridade dos contratos benéficos. Cabe verificar se essa regra é compatível com os princípios e valores que norteiam o atual direito dos contratos. Impõe-se, por fim, averiguar a possibilidade de antinomia jurídica e propor respectiva solução.

CAPÍTULO XI - ANTINOMIA JURÍDICA

Identificados os contornos da responsabilidade civil nos contratos benéficos, é preciso situar o conceito e a classificação das antinomias jurídicas, antes de confrontar a aplicação da boa-fé objetiva na referida espécie contratual.

Além da abordagem conceitual e classificação, interessa a comparação das técnicas tradicionais para a solução de conflitos e a proposição de novas alternativas, diante das considerações feitas nos capítulos anteriores.

11.1. CONCEITO

Há antinomia jurídica quando existe conflito entre normas de um mesmo sistema jurídico. O fenômeno da antinomia jurídica é conceituado como sendo a posição que ocorre entre duas normas contraditórias (total ou parcialmente) provenientes de autoridades competentes num mesmo âmbito normativo e *“que colocam o sujeito numa posição insustentável pela ausência ou inconsistência de critérios aptos a permitir-lhe uma saída nos quadros de um ordenamento dado”*.²³⁷

A antinomia surge, então, com a contradição entre duas normas que integram um mesmo ordenamento jurídico, válidas e aplicáveis simultaneamente ao mesmo caso, de modo a exigir decisão do intérprete.

A noção de antinomia pressupõe a existência de um sistema jurídico que se propõe válido e consistente. Para solidez e segurança desse ordenamento jurídico, as normas que o compõem devem guardar correlação harmônica e simétrica, na regulação das condutas que a sociedade elege relevantes, através de princípios e valores orientadores do sistema.

²³⁷ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Teoria da norma jurídica*. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 14.

A preocupação com as antinomias é verificada desde o Direito Romano, colocado o problema nas célebres constituições de Justiniano, na afirmativa de que no Direito não há normas incompatíveis. Já ali era usada a palavra antinomia. Uma das tarefas da interpretação jurídica romana era a de eliminar as antinomias.

As causas que determinaram o desenvolvimento da noção de sistema foram tratadas no Capítulo I, a partir da ideologia burguesa, com os motivos condutores do fechamento do sistema. A necessidade de completude do ordenamento jurídico provocou a implementação do positivismo jurídico. Nessa perspectiva de sistema fechado, o estudo das antinomias mereceu especial atenção.

A noção de sistema jurídico positivado é o que interessa para o estudo da antinomia jurídica, porque essa ordem privilegia a lei como fonte formal e primaz do direito, com o aperfeiçoamento de uma sofisticada dogmática jurídica. O fenômeno da positivação do direito, no plano do dever ser, é produto do imperativo de que a sociedade humana *“não subsiste sem um ordenamento regulador das relações que ligam dentro dos sistemas sociais de vida os indivíduos conviventes”*.²³⁸

No positivismo jurídico, o imperativo jurídico é de atendimento das razões decorrentes de condições sociais dominantes, tendo em vista a própria finalidade do direito, *“que é manter a paz possível dentro de determinada estrutura”*.²³⁹

Aponta Norberto Bobbio que todo ordenamento jurídico é composto de norma de comportamento, norma de estrutura e de competência, e depende de unidade, exigência de coerência e completude. Segundo ele, os principais problemas conexos com a existência de um ordenamento são os que brotam das relações das diversas normas entre si. Em primeiro lugar, sustenta que deve ser perquirido se essas normas constituem uma *unidade*, e de que modo a constituem. Em segundo lugar,

²³⁸ LIMA, Hermes. *Introdução à ciência do Direito*. 14^a Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, p. 302.

²³⁹ *Ibid.*, p. 303.

além do aspecto da unidade, é preciso saber se o ordenamento jurídico constitui também um sistema.²⁴⁰ Aqui surge a discussão das antinomias jurídicas.

Nesse horizonte de pensamento, sistema é uma totalidade ordenada, um conjunto de entes entre os quais existe uma certa ordem. A ordem é obtida quando os entes não somente se relacionam com o todo, mas também entre si. É a relação de coerência entre as normas de um sistema jurídico que importa. A coerência conduz ao princípio da interação.²⁴¹ Esse princípio da interação exige que se observe a validade, observa o autor, não como uma cadeia linear e progressiva que tem um início e um fim, mas como uma relação de circularidade. Diante de uma contradição, defende Bobbio, o sistema não ruirá (como no caso de um sistema dedutivo), mas sim reclamará a queda de uma ou no máximo das duas normas conflitantes.²⁴² Isso por dever de coerência, atributo que para o referido autor não é condição de validade, e sim de justiça do ordenamento. E nessa perspectiva, pode-se verificar que o estudo da antinomia jurídica também se faz importante no sistema aberto. A abertura do sistema traz fluxo de normas não raro incompatíveis entre si. O processo de constitucionalização do direito civil eleva de importância o aperfeiçoamento do processo de seleção do sistema.

A incidência dos direitos fundamentais sobre os institutos clássicos do direito civil leva ao embate jurídico dentro do próprio sistema. Novas ferramentas precisam estar ao alcance do aplicador do Direito, na tarefa de reinterpretação desses elementos, porque o sistema aberto reclama soluções contemporâneas para o problema da antinomia.

A compreensão da figura jurídica da antinomia é fundamental para o tema específico deste trabalho, na necessária análise de possível contradição entre a cláusula geral da boa-fé objetiva, prevista no artigo 422 do Código Civil para incidir sobre todos os

²⁴⁰ BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Tradução Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 4ª Ed. Bauru: EDIPRO, 2008, p. 34.

²⁴¹ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Teoria da norma jurídica...* op. cit., p. 124.

²⁴² BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica...* op. cit., p. 80.

contratos, e a norma do artigo 382 do mesmo diploma, que exige o dolo para caracterização de responsabilidade civil de quem o contrato benéfico não aproveita.

11.2. CLASSIFICAÇÃO

As antinomias podem ser classificadas quanto: a) ao critério de solução; b) ao conteúdo; c) ao âmbito e d) à extensão da contradição.²⁴³

Quanto ao critério de solução, a antinomia pode ser aparente ou real. Aparente é aquela cuja solução está contida no próprio ordenamento jurídico. Real é a antinomia insolúvel dentro do sistema, que depende da edição de uma nova norma jurídica para solução do conflito normativo. É mais adequado tratar como antinomia real qualquer situação em que há duas normas conflitantes entre si e que exprimem vontades contraditórias das autoridades estatais. Mesmo que o conflito possa ser resolvido dentro do sistema jurídico, não deixa de ser real o conflito entre as normas.

Quanto ao conteúdo, a antinomia pode ser própria ou imprópria. A própria é a antinomia que ocorre por motivo formal, a despeito do seu conteúdo material. A antinomia imprópria é a que tem origem no conteúdo material das normas. O conflito material pode ser de princípios, de valoração ou teleológico.

Quanto ao âmbito, a antinomia classifica-se pelo alcance das normas conflitantes e pode ser de direito interno, de direito internacional ou de direito interno-internacional.

No âmbito da extensão do conflito, a antinomia pode ser total ou parcial. A total implica na impossibilidade de aproveitamento de qualquer conciliação entre as normas, opostas em todos os sentidos. A parcial traz contradição em termos não absolutos, possível a conjugação das normas de certo modo.

Seja qual for a classificação adotada, importa sistematizar o estudo das antinomias para solucioná-las.

²⁴³ DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*: de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406/2002). 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 25.

11.3. TÉCNICAS PARA A SOLUÇÃO DO CONFLITO

A exigência de coerência do sistema jurídico impõe o desenvolvimento de técnicas para a solução do conflito. Adverte Bobbio que “*uma coisa é descobrir a antinomia, outra, resolvê-la*”.²⁴⁴ Passar da determinação para a solução das antinomias é aplicar os critérios próprios para a eliminação de uma das normas conflitantes. A maior parte da doutrina sugere três regras: a) critério hierárquico; b) critério cronológico; c) critério da especialidade.

No critério hierárquico, a regra da eliminação obedece o grau de superioridade, com a prevalência da norma superior. O critério é típico da noção de hierarquia das normas dentro de um sistema jurídico, construída por Kelsen, e “*dita hierarquia reflete as relações genéticas no âmbito do ordenamento jurídico*”.²⁴⁵ Nesse sentido teórico, a criação de uma norma é autorizada pelas superiores, devendo guardar relação de pertinência com estas. Ainda para Bobbio,²⁴⁶ a inferioridade de uma norma em relação à outra consiste na menor força de seu poder normativo. Sabe-se que o direito brasileiro estrutura-se a partir da Constituição Federal, da qual se irradiam as emendas à Constituição, as leis complementares, as leis ordinárias e as delegadas, as medidas provisórias e tratados internacionais, os atos, portarias e demais regulamentos administrativos.

O critério cronológico resolve o conflito entre normas, sucessivamente ao critério hierárquico, com prevalência da norma mais nova que ab-roga a mais antiga. A resolução de tais conflitos (no ordenamento jurídico brasileiro) não afeta as garantias constitucionais da irretroatividade das leis, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito.

Por fim, há o critério da especialidade, segundo o qual a prevalência é da norma mais específica, mais particular sobre determinada situação. Em caso de antinomia, a norma mais específica prevalece, de forma a realizar a vontade mais concreta do

²⁴⁴ BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica...* op. cit., p. 91.

²⁴⁵ DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ao estudo do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 229.

²⁴⁶ BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica...* op. cit., p. 91.

legislador. A passagem da regra geral para a especial “*corresponde a um processo natural de diferenciação de categorias*”.²⁴⁷

Na hipótese de conflito entre os referidos critérios, a solução é a prevalência da hierarquia, até porque a técnica de controle da constitucionalidade das leis garante a supremacia do texto constitucional sempre que há desobediência à Constituição Federal.

No caso de embate entre os critérios cronológico e da especialidade, a doutrina não responde num só sentido. A maior parte defende a prevalência da lei especial, ainda que antecedente. A lei geral subsequente não afasta a lei especial antecedente. Esse critério está disposto no parágrafo segundo, do artigo 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil.

Mas há orientação que sustenta maior legitimidade da lei mais nova, ainda que nem tanto específica²⁴⁸, com a ressalva de três pontos: primeiro, deve ser examinada a finalidade da lei mais nova. Se for evidenciado que o legislador não quis revogar um regulamento específico anterior, este deve permanecer em vigor. Em segundo lugar, o aplicador do Direito deve levar em conta e preservar eventuais direitos adquiridos sob a vigência do regulamento anterior. Num terceiro aspecto, é aconselhável que, por razões de segurança jurídica, a nova norma contenha previsão sobre a aplicação das anteriores, esclarecendo quais normas específicas continuam em vigor.

A superioridade do critério da especialidade sobre o cronológico cede lugar também quando houver colisão com princípios do sistema jurídico. Nesse caso, “*vigorar a regra que dentre todas atender mais especificamente àquelas normas principiológicas*”.²⁴⁹

²⁴⁷ CASTRO, Mônica. A colisão entre as normas do novo Código Civil e as leis especiais em vigor: aplicação de princípio jurídico. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, v.13, jan./mar. 2003, p. 174.

²⁴⁸ DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ... op. cit.*, p. 236.

²⁴⁹ CASTRO, Mônica. *A colisão entre as normas... op. cit.*, p. 174.

Todos estes critérios servem ao propósito do cumprimento do dever de coerência do ordenamento jurídico. No ordenamento onde existem duas normas antinômicas, ambas válidas e aplicáveis, este não consegue garantir nem a certeza, entendida como possibilidade de previsão com exatidão das conseqüências jurídicas da própria conduta, nem a justiça, entendida como o igual tratamento das pessoas que pertencem à mesma categoria.²⁵⁰

No direito brasileiro, o artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil estabelece que, na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. O desafio das antinomias conduz à necessidade da construção da ordem jurídica em um todo harmônico, no qual as partes componentes têm de se ajustar umas com as outras, com soluções coerentes.²⁵¹ Daí o desafio ao aplicador do direito: defender a unidade e a coerência do sistema jurídico como meio de realização dos valores da segurança, da igualdade e da justiça social.

11.4. NOVAS ALTERNATIVAS

As premissas estabelecidas nos capítulos anteriores permitem a proposição da técnica da ponderação para a solução de eventual antinomia jurídica, no âmbito do direito privado. Com a incidência dos direitos fundamentais sobre as regras de direito privado, destaca-se a ponderação como técnica contemporânea de solução de conflitos entre princípios, que também deve ser aplicada diante da colisão entre regras jurídicas.

Essa possibilidade se harmoniza com a noção de totalidade concreta, a partir de compreensão sistêmica e dialética, em que os conflitos são conseqüências naturais da interação e da interferência entre os elementos.

²⁵⁰ BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica...* op. cit., p. 113.

²⁵¹ ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *A Lei de introdução ao Código Civil brasileiro*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, v. 3, p. 255.

Na visão sistêmica fechada do ordenamento jurídico, as antinomias eram vistas como anomalias atípicas, perigosas à saúde e sobrevivência da ordem jurídica. Num ordenamento pretensamente completo, afastavam-se os riscos de contradições internas do sistema. Até porque, a possibilidade de conflitos não poderia resultar em espaço para decisões valorativas do juiz, a quem cumpria apenas a aplicação da norma previamente contida e certa para o caso concreto. Não mais que uma.

O conflito entre normas era tanto prejudicial ao fator ideológico da perfeição do sistema fechado em si mesmo, quanto arriscado à sua higidez. Tal repulsa implicou no desenvolvimento de técnicas de expulsão. No choque entre normas de um sistema, a sobrevivência de uma implica na expulsão da outra.

Entretanto, as premissas adotadas neste trabalho permitem a possibilidade de novos contornos para as antinomias jurídicas. A opção metodológica pela totalidade concreta implica na aceitação da contradição como elemento necessário ao sistema. O sistema é construído a partir da interferência dos seus objetos, que ao mesmo tempo influenciam e são influenciados.

No caso do sistema jurídico, a antinomia desempenha esse papel. O conflito entre normas, antes que anomalia, é ocorrência necessária no processo dialético, inerente ao conceito de sistema como totalidade concreta. A pretensão de completude do ordenamento esvaiu-se com a ideologia liberal e a abertura do sistema jurídico implica na convivência com contradições normativas.

O processo de constitucionalização do direito civil abriu o sistema do direito privado e o colocou sob a égide dos valores constitucionais. O conflito entre normas é resultado inevitável da irradiação dos direitos fundamentais em regras do direito privado. Mas, nessa fase evolutiva, as formas clássicas de solução dos casos de antinomia jurídica não mais se mostram compatíveis com as expectativas.

A aplicação dos direitos fundamentais na esfera do direito privado não se limita a um processo de releitura dos institutos clássicos, a exemplo da propriedade, contrato e família. Vai além, no sentido de permitir que tais institutos se transformem em meio qualificado de transformação da realidade social, através da concretização dos

valores constitucionais, dentre os quais a dignidade humana posiciona-se como ponto central.

Nesse diapasão, diante de um conflito entre normas, a solução não pode estar contida em expedientes excludentes do próprio sistema, sob pena de incorrer-se nos mesmos problemas da concepção abstrata e estanque que impregnaram o sistema clássico liberal. Diante da necessária revisão do direito privado, o primado para a solução das antinomias não pode mais ser a extirpação daquela incompatível como os mandamentos constitucionais. Ao invés da retirada da norma colidente, o operador do sistema deve buscar a reinterpretação da norma, sob os cânones dos preceitos fundamentais.

Processo de reinterpretação que implica no exercício da técnica de ponderação entre os valores em conflito, com prevalência da interpretação e aplicação da norma como reflexo dos preceitos fundamentais. A norma colidente, depois de reinterpretada, deve servir ao sistema como instrumento de concretização dos cânones constitucionais. Essa solução hermenêutica, condizente com o sistema de valores que norteiam o texto constitucional, apresenta-se como elemento fundamental para a consolidação de uma nova linha metodológica.

Se o sistema jurídico deve caminhar para a otimização dos direitos fundamentais através da incidência dos mesmos sobre as normas de direito privado, o estudo do fenômeno da antinomia jurídica precisa mudar o enfoque tradicionalista, abstrato e pseudo-científico.

11.5. SOLUÇÃO HERMENÊUTICA PARA ANTINOMIAS NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Na experiência jurídica brasileira, a edição do Código Civil de 2002 marcou a evolução do direito privado no caminho da abertura do sistema. Muitos avanços foram feitos no sentido de atualização do direito civil aos princípios constitucionais. Novos paradigmas foram incorporados ao direito privado. Apesar desse esforço legislativo e dos méritos inegáveis desse diploma legal, não raro depara-se com

conflitos entre normas do próprio Código Civil. A explicação para tais ocorrências começa a ser encontrada quando se constata que uma das premissas do legislador foi a da preservação do Código anterior, naquilo que em princípio não fosse colidente com os valores inspiradores da nova ordem privada.

Por outro lado, o Anteprojeto do Código Civil é produto de uma Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil, que atribuiu a eminentes membros a elaboração do texto, sob a coordenação de Miguel Reale. Diferentes autores para aquilo que o próprio Reale denominou de “*Projetos parciais*”²⁵². Dentre as diretrizes do Projeto, destaca o jurista a diretriz da preservação do Código vigente sempre que possível, não somente pelos seus méritos intrínsecos, mas também pelo considerável acervo de doutrina e de jurisprudência que em razão dele se constituiu.

Além da diretriz da preservação, o Projeto seguiu o critério da alteração geral do Código atual no que se refere a certos *valores* considerados essenciais, tais como o de *eticidade*, de *socialidade* e de *operabilidade*. A conciliação da diretriz da preservação com a da alteração geral naturalmente implica em algumas incompatibilidades. Tais incompatibilidades, em geral, são identificadas em normas contidas em diferentes capítulos.

Na análise das normas contrapostas do Código Civil, é preciso perquirir sobre os princípios e diretrizes que orientam o sistema. Porque se a diretriz da preservação foi determinante na elaboração do novo Código, ela também deve orientar o aplicador do direito. O choque entre normas não deverá implicar, necessariamente, na exclusão de uma delas. No esforço hermenêutico reinterpretativo, o embate entre normas do Código Civil pode ser resolvido pela aplicação dos princípios constitucionais, centralizados na dignidade da pessoa humana.

O critério da utilização dos princípios para a solução de antinomias preserva a unidade do sistema e assegura a conexão entre a ordem jurídica e realidade

²⁵² REALE, Miguel. Prefácio. In: BRASIL. *Novo Código Civil Brasileiro*. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 11.

social.²⁵³ Numa transposição para a teoria dos sistemas, a utilização dos princípios para a solução de antinomias representa o equilíbrio interno do sistema jurídico, por critérios próprios. Novamente aparece o aspecto da autorreferência, em que o sistema jurídico resolve seus conflitos por dinâmica interna, no embate entre o legal e o ilegal. No fundo, a antinomia equivale ao embate entre o lícito e o ilícito e a sua solução reflete a regeneração do próprio Direito.

A reconstrução do direito civil é tarefa de dar atual sentido aos institutos clássicos, para um novo campo de atuação onde são observados os valores constitucionais, naquilo que se chama de “*análise das consequências*”.²⁵⁴ Na solução de uma antinomia no Código Civil, o aplicador do Direito deve sopesar as consequências do seu ato.

No Código Civil anterior, a solução remeteria ao afastamento de uma das normas conflitantes, em crítica ao positivismo jurídico. No atual sistema, em caso de contradição, a solução começa pela aplicação do princípio que fundamenta a norma, sempre considerando o epicentro da dignidade humana. E isso importa em pretender uma via expansiva “*para os direitos fundamentais, o que não se compatibiliza com construções que intentem atenuar seu impacto, diluir sua normatividade ou confiná-los a fronteiras já superadas*”.²⁵⁵ Conforme construção clássica para a solução das antinomias, que estreita a aplicação dos direitos fundamentais. Os conflitos entre normas de um sistema jurídico aberto desafiam desfecho de aproveitamento, a partir de reinterpretação normativa conforme a Constituição.

No Código Civil atual, os conflitos ainda podem ser resolvidos com a aplicação das diretrizes da eticidade, da socialidade e da operabilidade. Verificado caso de

²⁵³ CASTRO, Mônica. *A colisão entre as normas...* op. cit., p. 156-157.

²⁵⁴ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos...* op. cit., p. 245.

²⁵⁵ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto [org.]. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 255.

antinomia, a norma destoante deve ser adequada aos vetores que inspiram a nova ordem civil.

Vale todavia ressaltar que todo esse processo hermenêutico não abre espaço para discricionariedades. A aplicação dos princípios constitucionais e das diretrizes do sistema são vinculantes. Todos estão vinculados. Não há espaço para o arbítrio judicial disfarçado sob o manto da reconstrução do direito civil. Os ditames constitucionais são valores-guia do sistema.

CAPÍTULO XII – BOA-FÉ OBJETIVA NOS CONTRATOS BENÉFICOS

As premissas adotadas nos capítulos anteriores permitem o enfrentamento da questão nuclear deste trabalho: a aplicação da boa fé objetiva nos contratos benéficos.

Os contratos benéficos são examinados nas vertentes que envolvem a perspectiva dinâmica e concreta do vínculo obrigacional, o desempenho das funções inerentes à boa-fé objetiva, a figura do abuso de direito e a responsabilidade pré-contratual nesse tipo de contrato.

12.1. CONTRATOS BENÉFICOS NA PERSPECTIVA DINÂMICA

A vinculação da responsabilidade civil ao dolo, nos contratos benéficos, prevista no artigo 392 do Código Civil de 2002, reflete a visão abstrata e estática do fenômeno obrigacional, típica do direito liberal. Nesse tipo de contrato, nasceria obrigação apenas para uma das partes, por conta da ausência de sinalagma. A relação jurídica é analisada, tão somente, sob o ângulo da prestação principal (e da falta de contraprestação). Restrita à ótica dos componentes externos e estáticos do vínculo, a espécie contratual foi compreendida como uma relação jurídica simples, “*pois só uma parte se constitui devedora*”.²⁵⁶ Os efeitos do contrato eram verificados exclusivamente no momento da formação da avença.

Apesar dos avanços no processo de abertura do direito privado, é preciso considerar a questão da observância da boa-fé por quem pratica a liberalidade em contrato benéfico. A doutrina brasileira ainda mantém o foco apenas no lado do beneficiário. Nos contratos de doação, por exemplo, evoluiu-se para a compreensão de que a ingratidão do donatário (causa de revogação do contrato) é considerada quebra da “*boa-fé objetiva pós contratual, ou seja, implica o cometimento de ato atentatório ao*

²⁵⁶ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 85.

dever de respeito e lealdade, observável entre as partes, mesmo após a conclusão do contrato".²⁵⁷ Mas a questão da boa-fé da conduta do instituidor não é enfrentada.

Mesmo após o advento do Código Civil de 2002, os contratos benéficos continuam a ser entendidos como relações jurídicas de mão única, com a carga obrigacional exclusivamente voltada para apenas um dos contratantes (aquele que pratica a liberalidade), a quem o ordenamento jurídico dispensa, nos termos do artigo 392 do Código Civil de 2002, tratamento diferenciado, com abrandamento da responsabilidade civil, em razão da liberalidade praticada.

Além da interpretação restritiva, prevista no artigo 114 do Código Civil, "*diz a lei que somente a conduta dolosa do devedor do contrato gratuito imporá em responsabilidade*", porque se for meramente culposa, o autor da liberalidade não teria a "*genuína intenção de minorar o benefício a ser transferido*".²⁵⁸

No escopo deste trabalho, vale ressaltar, o campo de análise é composto pelos contratos benéficos lícitos. Os pactos fraudulentos, pela ilicitude do objeto, são reprimidos pelo ordenamento jurídico, mediante regras específicas de anulabilidade. O artigo 158 do Código Civil prescreve que o contrato gratuito possa ser anulado por força de fraude a credores, independentemente da prova de má-fé. O ordenamento jurídico repele a conduta ilícita, apenas com a presença do elemento objetivo da incapacidade patrimonial do devedor, e conseqüente redução ou eliminação da garantia do credor, sem necessidade de comprovação do elemento volitivo do agente.

A atenção do legislador, pois, foi mantida para coibir a utilização indevida dos contratos benéficos como meio de desvio patrimonial, na proteção de terceiros credores do autor da liberalidade. O direito de recebimento do credor é tratado objetivamente, mas, no âmbito dos contratos válidos, o elemento subjetivo

²⁵⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze. *O contrato de doação: análise crítica do atual sistema jurídico e os seus efeitos no direito de família e das sucessões*. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 176.

²⁵⁸ KRUSCHEWSKY, Eugênio. *Teoria Geral dos Contratos Civis*. 2ª Ed. Salvador: Jus Podivm, 2009, p. 82.

prevaleceu como requisito para a imputação de responsabilidade civil de quem pratica o benefício, sem consideração de elementos objetivos de parâmetro na condução do agente.

Entretanto, na vigência da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002, o sistema do direito privado brasileiro não mais comporta o modelo abstrato e estático do fenômeno obrigacional. As causas determinantes da abertura sistêmica, tratadas antes (Capítulo I), determinaram a mudança de paradigma no campo do direito das obrigações. Com contornos mais amplos, a perspectiva estática e abstrata foi substituída pela ótica dinâmica e concreta da obrigação, composta por direitos e deveres de ambas as partes.

Os motivos dessa transformação não comportam regras de exceção. O vetor central da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, orienta a liberdade de realizar negócios jurídicos com observância dos valores e dos princípios do ordenamento, para todos aqueles que desejam contratar, indistintamente.

A particularidade dos contratos benéficos, consubstanciada na liberalidade de conduta de um dos contratantes, não afasta a incidência dos valores e dos princípios regentes do atual direito dos contratos. A liberalidade, apesar de significar expressiva face da liberdade de contratar, não alheia os contratantes à realidade normativa na qual estão inseridos.

Nos contratos benéficos, o fenômeno obrigacional também revela dinamismo, mediante processo intersubjetivo composto por etapas, com início naquela que antecede a celebração do pacto, com desdobramentos, situações jurídicas e vicissitudes. As partes envolvidas nos contratos benéficos devem perseguir o adimplemento substancial da avença, independentemente da contraprestação material.

O adimplemento substancial depende da conformação, do respeito a princípios imperativos, inclusive o da justiça social, estabelecida no artigo 170 da Constituição Federal. Nesse panorama atual, o atributo de benéfico do contrato não mais pode estar cingido ao interesse particular dos contratantes, porque há efeitos que ultrapassam a soma dessas individualidades. Os negócios denominados benéficos, a exemplo da doação e do comodato, são igualmente relevantes para a atividade econômica, realizam a distribuição e permitem o acesso aos bens.

Os negócios benéficos, assim, não deixam de formar processos intersubjetivos de condutas, nos quais valores constitucionais norteiam o cumprimento do vínculo, pautados na solidariedade e na consideração para com a contraparte. Esse dever de consideração, para quem pratica a liberalidade, não é esgotado no ato da instituição do benefício. Incide antes, durante a execução e depois da avença.

A falta de contraprestação material não implica em redução do adimplemento substancial, até porque o benefício de apenas uma das partes é a meta do programa contratual. Não basta, portanto, a liberalidade contida na simples intenção ou na entrega pura da prestação. É fundamental que o propósito do pacto seja concretamente alcançado, na dimensão plena das expectativas normativas e dos interesses das partes, em posição de igualdade material.

A boa-fé objetiva estabelece padrão de conduta para todos os contratos, não dissociável dos contratos benéficos, pela impossibilidade de excluí-los dos ditames constitucionais que alicerçam a base desse princípio do direito contratual.

Diante dessas constatações, atualmente, deve ser revista a concepção de que há contratos em que apenas uma das partes se obriga. O processo contratual pode ser desdobrado em diversos sentidos, a depender do fim colimado pelas partes. Se a prestação principal é dever de apenas uma das partes, não deixa de haver elementos internos e situações jurídicas anteriores, contemporâneas ou posteriores à formação do vínculo.

12.2. CONTRATOS BENÉFICOS E DEVERES ACESSÓRIOS

Afirmar que os contratos benéficos geram obrigação para apenas uma das partes representa a negação da existência de deveres instrumentais ou acessórios nessa espécie contratual.

O contrato benéfico não exclui a incidência de parâmetros de conduta para quem pratica a liberalidade. O altruísmo da ação não afasta a necessidade de atuação do agente conforme o ordenamento constitucional. Ninguém está obrigado a praticar atos de liberalidade. Mas, quem decide fazê-los, assume posição jurídica vinculada aos valores e princípios contratuais vigentes.

É compreensível a regra de interpretação restrita, estabelecida no artigo 104 do Código Civil. A liberalidade deve estar contida nos limites estabelecidos no contrato e esta é a proteção fundamental para o autor do benefício: não sofrer redução patrimonial além daquela pretendida quando da celebração da avença. A regra de restrição interpretativa é compatível com os princípios e valores do ordenamento. Visa preservar o valor da justiça contratual, a efetividade do programa contratual, na consideração para com os interesses legítimos do praticante da liberalidade.

Em casos de dúvida ou de lacuna no curso do processo de realização do contrato benéfico, a regra de restrição interpretativa, prevista no mencionado dispositivo legal, é decorrência da incidência do próprio princípio da boa-fé, na função hermenêutica. Nesses casos, importa preservar o sentido total da contratação e a finalidade do contrato, com a compatibilidade da vontade do instituidor do benefício com os valores do ordenamento.

A regra geral de interpretação restrita evita distorções quanto à índole benéfica da avença, mas o dever de consideração dos interesses legítimos não se esgota na órbita de quem pratica a liberalidade. Todavia, uma vez decidido contratar, há também de se considerar a legitimidade dos interesses do beneficiado, dos efeitos jurídicos do pacto na esfera patrimonial e extrapatrimonial de quem é destinatário do benefício.

O contrato benéfico desempenha função de concretização de direitos fundamentais, irradiados do princípio da dignidade humana. Quem recebe o benefício de um contrato, sem contraprestação, é digno de tutela jurídica. O ordenamento jurídico não elege quem possa ser mais ou menos merecedor da proteção. A dignidade é inerente ao homem, proclamada alicerce da ordem jurídica democrática brasileira, valor supremo que “*alcança a todos os setores da ordem jurídica*”.²⁵⁹

A incidência dessa garantia constitucional não faz distinção entre quem é beneficiado, ou não, pelo contrato benéfico. Ambos os contratantes são merecedores do mesmo respeito, porque o fundamento jurídico da dignidade humana manifesta-se, inicialmente, no princípio da igualdade, garantia de direitos iguais aos de todos os demais, e ainda de forma substancial. O contrato benéfico não elide a tarefa de concreção dos direitos fundamentais nas relações privadas, pautada nos valores da consciência social, da eticidade e da justiça substancial. A parte que deseja praticar uma liberalidade, portanto, deve obedecer a modelo social de conduta. O vínculo intersubjetivo é feito com alguém que é igualmente titular de proteção jurídica do ordenamento. O modelo social de conduta de quem pratica uma liberalidade não difere dos demais. Além do cumprimento material da prestação principal, ao praticante da liberalidade surgem comportamentos acessórios, para assegurar o destino final do contrato. Porque praticou um ato de liberalidade, o contratante não pode ser exonerado dos deveres de cooperação, de consideração, e de proteção de quem o contrato beneficia.

No atual sistema jurídico brasileiro, o contrato benéfico implica no aparecimento de elementos não apenas consensuais. Outros fatores objetivos promovem a adequação desse tipo de negócio jurídico ao meio envolvente, com imposição de deveres adicionais e limitação de direitos para ambas as partes. Os deveres acessórios provenientes da cláusula geral da boa-fé objetiva, portanto, incidem sobre os contratos benéficos. Eles são indicativos dos parâmetros de conduta dos

²⁵⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana...* op. cit., p. 84.

contratantes, mesmo de quem pratica a liberalidade. Tal incidência ocorre através das funções da boa-fé objetiva, antes analisadas (Capítulo V).

12.3. FUNÇÃO HERMENÊUTICO-INTEGRATIVA NOS CONTRATOS BENÉFICOS

Na função hermenêutico-integrativa, a boa-fé objetiva inclui os contratos benéficos no plano de valoração do ordenamento jurídico. Combinada com a regra de interpretação restritiva, do artigo 104 do Código Civil, a análise da relação jurídica benéfica deve considerar matriz concreta e as situações jurídicas específicas. As soluções para os eventuais impasses daí decorrentes precisam contemplar não apenas o elemento subjetivo de quem institui a liberalidade, mas também a regulação objetiva criada na avença.

O êxito dos contratos benéficos, assim como de qualquer outro tipo de negócio jurídico regulado pelo atual ordenamento, é proporcional ao alcance do adimplemento substancial. A ausência de contraprestação é inerente ao programa desse tipo de contrato, razão pela qual o princípio do equilíbrio contratual precisa ser adaptado à finalidade benéfica da avença. As regras que repulsam a onerosidade excessiva ou o enriquecimento ilícito de uma das partes devem ser substituídas pela regra de interpretação restrita, estabelecida no artigo 104 do Código Civil. É essa norma de contenção dos efeitos do contrato que regula a onerosidade na medida da liberalidade e dimensiona o desequilíbrio genético do negócio jurídico benéfico.

A ausência de equilíbrio contratual, todavia, não aliena os contratos benéficos de realidade normativa integrada por outros princípios e valores essenciais ao sistema jurídico, de necessária observância para a meta do adimplemento substancial. O princípio do adimplemento substancial não permite a desvinculação imediata do contratante não beneficiado, após a concessão do benefício.

12.4. LIMITES AO EXERCÍCIO DE DIREITOS NOS CONTRATOS BENÉFICOS

O direito subjetivo à realização do contrato benéfico não pode ser exercido de qualquer modo. Deve o instituidor da liberalidade agir com lealdade, cooperar e proteger a contraparte, mesmo que nada lhe aproveite do contrato, porque os interesses prevalentes no direito dos contratos não são mais apenas patrimoniais. Mesmo quem não obtém proveito patrimonial com o contrato deve colaborar para o cumprimento adequado da prestação, agir no sentido de evitar riscos, ocorrências acidentais ou prejudiciais ao programa contratual. Por reflexo da incidência do princípio da boa-fé objetiva, incide o dever de informar acerca de riscos ou outros aspectos relacionados ao contrato benéfico, especialmente dos potenciais efeitos que o benefício pode vir a causar. Quem pratica a liberalidade, portanto, não perde os limites positivos e negativos de atuação, após o cumprimento da prestação principal. Tais deveres acessórios estão vinculados ao processo de realização do contrato benéfico. Os interesses da contraparte não podem ser considerados atendidos apenas com o cumprimento da prestação principal.

Esses deveres de conduta, impostos pela boa-fé objetiva, incidem ainda sobre quem é beneficiado pelo contrato. Aquele a quem o contrato aproveita, pelo fato de não ser devedor de prestação principal, não é exonerado dessas obrigações acessórias de conduta. A tutela de proteção ao adimplemento substancial do programa do contrato benéfico impõe ao beneficiário os mesmos deveres acessórios, positivos e negativos.

A relação jurídica proveniente de um contrato benéfico é permeada pela confiança entre as partes. A reciprocidade da confiança conduz à consideração das mútuas expectativas, da satisfação do sentido total da liberalidade, tanto por quem pratica quanto por quem recebe o benefício.

A contrariedade, por qualquer um dos participantes de contrato benéfico, a deveres acessórios provenientes da boa-fé objetiva, representa inadimplemento contratual, ato ilícito vedado pelo ordenamento e sancionado com a imposição de

responsabilidade civil. Na aferição desse tipo de descumprimento e na avaliação dos efeitos jurídicos dele decorrentes, não importa o elemento subjetivo da conduta do agente. Basta a prática de ato incompatível com os parâmetros de comportamento eleitos pelo ordenamento jurídico.

12.5. *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM* NOS CONTRATOS BENÉFICOS

Além dos deveres acessórios de conduta, a parte que pratica a liberalidade, pela unção aos valores e princípios da ordem constitucional, ainda precisa observar certos limites ao exercício de direitos. É também inaceitável, no âmbito dos contratos benéficos, o exercício de posições jurídicas inadmissíveis, mesmo da parte a quem o contrato não aproveita. A liberalidade não exclui o imperativo respeito e consideração aos interesses da contraparte. A liberalidade não é redentora de atos de traição.

Mesmo nos contratos benéficos, de nenhuma das partes pode ser admitida posição jurídica em contradição com o comportamento anteriormente adotado. Nesse tipo de contrato, o *venire contra factum proprium* é perfeitamente aplicável. O instituidor do benefício, ainda nas tratativas preliminares do contrato benéfico, pode adotar comportamento, no âmbito fático, capaz de repercutir na esfera alheia e de despertar uma “*legítima confiança na conservação do seu sentido objetivo*”.²⁶⁰

No curso dos contratos benéficos, situações fáticas transcendentais da esfera jurídica do instituidor não podem ser desprezadas, se presentes os pressupostos exigidos para a tutela da confiança. Essa legítima confiança não é vinculada a um estado psicológico ou subjetivo de quem recebe o benefício, mas, sobretudo, constitui uma adesão ao sentido objetivamente extraído do comportamento praticado. Confia-se naquilo que razoavelmente poderia ser esperado, a partir da conduta inicial do instituidor da liberalidade.

²⁶⁰ SCHREIBER, Anderson. *A proibição...* op. cit, p. 141.

Despertada a legítima confiança, objetivamente, não é aceito o exercício de um comportamento em contrariedade à conduta inicial do agente, sendo irrelevante o elemento meramente subjetivo. Quem pretende praticar uma liberalidade deve ter a consciência de que suas atitudes, mesmo à margem da letra do contrato, podem gerar confiança e expectativas que o ordenamento tutela, em razão da preocupação com a repercussão social desse tipo de fato. Ainda que lícito (se isoladamente considerado), o instituidor do benefício não pode adotar, posteriormente, comportamento contraditório com o inicial. Esta segunda conduta, aparentemente lícita do instituidor da liberalidade, é eivada de antijuridicidade, com base na conexão com o contexto dinâmico do vínculo contratual. No campo dos contratos benéficos, a conduta posterior é tornada ilícita porque, em razão da contradição com o comportamento anterior, viola a confiança legítima de outrem e a boa-fé objetiva, nos termos do artigo 187 do Código Civil.

12.6. ABUSO DE DIREITO NOS CONTRATOS BENÉFICOS

A figura do abuso de direito, do mesmo modo, é intolerável no campo dos contratos benéficos, para ambas as partes.

Os comportamentos dos contratantes devem ser apreciados internamente, no confronto entre o exercício formal do direito e o respectivo fundamento valorativo. O artigo 187 do Código Civil é aplicável aos contratos benéficos e, nestes, cometerá ato ilícito quem exercer um direito com manifesto excesso dos limites impostos pelos fins econômicos ou sociais, pela boa-fé ou os bons costumes.

Nos contratos de comodato, por exemplo, o benefício concedido é continuado, durante o prazo estabelecido na avença. Nenhum dos contratantes, no curso da avença, pode optar por conduta aparentemente lícita, mas em dissonância com os fundamentos do sistema. Do lado do comodatário, a utilização do bem deve observar não apenas as prescrições formais expressas no corpo da avença, mas também o respectivo conteúdo valorativo, do sentido substancial do adimplemento. Ainda que o exercício do direito do comodatário possa aparentar regularidade, será

ilícita a conduta exercida em contrariedade ao vetor axiológico do contrato de comodato. Da parte do comodante, apesar da ausência de contraprestação, o exercício do direito de retomada do objeto do comodato não pode ser abusivo. A extinção do contrato deve contemplar não apenas o esquema formal do contrato, mas também o respeito e a consideração para com o comodatário. Isso não significa que o direito à retomada sofra mitigações prejudiciais a quem praticou o benefício, mas sim que a restituição não dispensa considerações sobre a dignidade humana de quem foi favorecido.

12.7. RESPONSABILIDADE CIVIL PRÉ-CONTRATUAL NOS CONTRATOS BENÉFICOS

O contrato benéfico pode ser precedido de fase preliminar. A liberalidade não implica em necessária e automática aceitação por parte do pretense beneficiário. Os atos e fatos ocorridos antes da celebração desse tipo de pacto também geram efeitos jurídicos. Os contratantes de um pacto benéfico, desde a fase pré-contratual, necessitam pautar as respectivas condutas com atenção a certos deveres.

Os exemplos dos contratos de doação e de comodato são representativos da necessidade de respeito à confiança emanada das tratativas anteriores à celebração dessas avenças; e de tutela da mútua lealdade entre as partes.

No caso dos contratos de doação, não obstante o proveito apenas do donatário, o doador deve informações sobre as possibilidades e eventuais dificuldades que envolvam o objeto. Os eventuais fatores impeditivos ao aproveitamento da coisa a ser doada precisam ser esclarecidos ao donatário, para melhor decisão sobre a aceitação do contrato; ou real dimensão das expectativas de proveito ou de riscos de frustração. Tal dever de informação é ainda mais premente nas hipóteses de doação modal ou com encargo, prevista no artigo 553 do Código Civil, na qual *“impõe-se ao donatário um dever, ou incumbência, de satisfazer certa obrigação,*

seja em favor do que faz a liberalidade, ou de terceiro, ou de interesse geral".²⁶¹

Mesmo diante de condição ou de encargo em pequena monta, não impactante no caráter benéfico da doação, o donatário deve ser adequadamente informado sobre o alcance e implicações daquilo que lhe incumbirá.

Os contratos de comodato também impõem o dever de esclarecimento, antes de sua celebração. As informações sobre as características do objeto, sua utilidade e eventuais riscos são indispensáveis à formação da vontade de contratar do comodatário. Os aspectos funcionais do pacto não podem ser previamente omitidos em razão da ausência de contraprestação.

Nos contratos benéficos, deveres informativos revelam-se ainda mais necessários quando as partes não apresentam paridade. Não raro, o instituidor da liberalidade revela maior porte econômico e capacidade de compreensão em relação àquele a quem pretende beneficiar. A fraqueza de uma das partes abre espaço para expectativas maiores do que as possibilidades reais do contrato; ou para incompreensões acerca dos riscos e das implicações do objeto do contrato. A desigualdade (comum nos contratos benéficos) impõe redobrada atenção quanto ao cumprimento do dever de informação, na fase preliminar.

Os deveres de cooperação e de lealdade vinculam as partes contratantes, desde a fase preliminar de um contrato benéfico. A ausência de contraprestação por parte do beneficiário não afasta a necessidade de mútuo auxílio no processo de formação da vontade contratual. Mesmo aquele que pratica a liberalidade tem o dever de considerar a legítima confiança da contraparte na realização do negócio, na medida em que a negociação avance.

A despeito do benefício que deseja praticar, a posição jurídica do instituidor deve ser leal, de modo a evitar o fomento de expectativas vãs no pretense beneficiário, se ciente de óbices concretos à celebração do contrato. As razões valorativas da quebra do dogma absoluto estão acima do interesse individual de a quem o contrato

²⁶¹ RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 454.

não aproveita. O propósito de beneficiar não reabre espaço para rompimentos injustificados das negociações.

A manifestação da liberdade de quem deseja praticar a liberalidade não pode ser dissociada da proteção da confiança. Assim como nos contratos onerosos, a responsabilidade pelo dano pré-contratual dependerá da análise das circunstâncias do caso concreto. Nos contratos benéficos, o juízo de ponderação entre a liberdade negocial e a boa-fé objetiva, diante da situação jurídica específica, será fundamental para a caracterização da responsabilidade pré-contratual.

Ainda no campo da responsabilidade nas fases preliminares, não há motivo para exclusão do dever de sigilo nos contratos benéficos. Em decorrência do processo de negociação, podem surgir informações próprias sobre o objeto ou relativas às partes, típicas da confiança construída. A característica de benéfico não elide a necessidade da guarda de confidencialidade desses dados. Inclusive, a confidencialidade pode ser elevada a condição do próprio pacto, a exemplo do doador que pretende a preservação do sigilo do negócio jurídico. Nada impede o sentido inverso, de confidencialidade sobre dados do donatário. A quebra do sigilo, em contrato benéfico, também implica em abuso da confiança depositada na parte infratora.

12.8. BOA-FÉ OBJETIVA NOS CONTRATOS BENÉFICOS

As considerações anteriores permitem a constatação de que a boa-fé objetiva, prevista nos artigos 113, 187 e 422 do Código Civil de 2002, é aplicável aos contratos benéficos, em diversas funções de atuação.

Os contratos benéficos desempenham importante papel na vida econômica e os seus efeitos não podem ser menosprezados. O direito subjetivo de praticar ato de liberalidade não retira o fim social do contrato, função instrumental própria que justifica a atribuição ao seu titular e define o respectivo exercício

A incidência da boa-fé nos contratos benéficos perpassa pelo estudo da causa como elemento do negócio jurídico. A causa do contrato benéfico é, indubitavelmente, a pretensão de fazer uma liberalidade. É a denominada causa final, razão determinante do ato jurídico. Nas palavras de Francisco Amaral, na teoria clássica do negócio jurídico, a causa seria a razão subjetiva ou objetiva pela qual as partes manifestam sua vontade com eficácia jurídica.²⁶² Mas se analisada quanto à natureza, ele observa, a causa não é propriamente um elemento do negócio jurídico (como a doutrina costuma a apresentá-la), ela não atua no plano da existência da relação contratual, como a vontade, o objeto e a forma.

A causa atua, sim, “*com função de proteção à parte que acreditou na sua existência*”.²⁶³ Tem, portanto, na doutrina contemporânea, uma função econômico-social, elemento de justificação da autonomia privada. Por isso, não há causa desvinculada dos valores e princípios do ordenamento jurídico. A causa final expressiva da direção da vontade de praticar o contrato benéfico, atribui ao beneficiário a tutela protetiva do legítimo interesse de haver acreditado na adimplemento substancial do pacto.

A causa, assim, não pode ser confundida ou limitada ao consentimento. Ainda que se considere necessária a fusão da vontade concreta dos sujeitos com a função jurídica do negócio, a causa do negócio jurídico benéfico não pode ser dissociada de vetores valorativos do ordenamento jurídico. Tais influxos ocorrem através das cláusulas gerais de forma imperativa, independentemente dos motivos psicológicos de quem não é favorecido pelo contrato.

No direito brasileiro, a inexistência de dispositivo legal expresso relativo à causa como elemento do negócio jurídico “*não significa que ela não se faça presente no sistema do nosso ordenamento jurídico*”²⁶⁴, mesmo de modo implícito. O reconhecimento doutrinário reflete a necessária aceitação da função social dos

²⁶² AMARAL, Francisco. *Direito Civil...*, op. cit., p. 430.

²⁶³ *Ibid.*, p. 430.

²⁶⁴ *Ibid.*, p. 435.

contratos, típica da concepção do sistema jurídico aberto e autopoietico, da obrigação na perspectiva de processo, e, enfim, da boa-fé objetiva nos seus contornos atuais.

Portanto, a conduta de quem o contrato benéfico não favorece não pode ser apenas analisada no aspecto subjetivo. O critério objetivo deve prevalecer. Eventual ilicitude também decorrerá do descumprimento de dever objetivo, ou do desvio de padrão em relação aos valores consagrados no ordenamento jurídico. O elemento subjetivo do agente deixa de ser o único fato gerador da responsabilidade civil. A antijuridicidade do comportamento abrange hipóteses não apenas dolosas, da consciência de dano à contraparte.

Quem não é favorecido pelo contrato deve proceder com lealdade e consideração pelos interesses de quem ele pretende beneficiar. Esses deveres acessórios não se esgotam no átimo em que o contrato benéfico é celebrado, porque o adimplemento substancial é mais amplo e abrange situações de formação, interpretação e execução da avença.

A vinculação estrita da responsabilidade civil ao elemento do dolo, estabelecida no artigo 392 do Código Civil, é resquício da concepção liberal do Direito, do dogma da vontade, da visão estática da relação obrigacional e da corrente subjetiva da responsabilização do agente. A manutenção dessa vinculação estrita é inconciliável com o ordenamento jurídico atual, especialmente com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal e com o princípio da boa-fé objetiva prevista nos artigos 113 e 422 do Código Civil de 2002.

Além das partes contratantes, a percepção da aplicação da boa-fé objetiva nos contratos benéficos a ambos os contratantes deve nortear também os intérpretes das declarações de vontade, especialmente o juiz no ato decisório de litígio com fato gerador fundado em relações jurídicas dessa espécie.

CAPÍTULO XIII – SOLUÇÃO PARA A ANTINOMIA DA CLÁUSULA GERAL DA BOA-FÉ OBJETIVA COM A REGRA DO ARTIGO 392 DO CÓDIGO CIVIL

Constatada a antinomia entre a cláusula geral da boa-fé objetiva e a regra do artigo 392 do Código Civil, importa a proposição de solução para o conflito, com utilização das noções estabelecidas nos capítulos anteriores deste trabalho.

13.1. RESPOSTAS INSATISFATÓRIAS

A norma do artigo 392 conflita com as disposições contidas nos artigos 113 e 422 do Código Civil. A contradição reside na imposição do elemento subjetivo do dolo para caracterização da responsabilidade civil nos contratos benéficos, enquanto as normas gerais estabelecem o princípio da boa-fé objetiva para todos os contratos. Uma norma de comportamento mais específica (sobre determinada espécie de contrato), não dispensa o requisito do dolo para a responsabilidade civil de quem o contrato não favorece; e com isso desafia regras gerais do direito dos contratos, que consagram a boa-fé objetiva como parâmetro para aferição da juridicidade da conduta. Conforme classificação tradicional, a apontada antinomia é real, embora possa ser resolvida dentro do próprio sistema; e tem origem no conteúdo material de normas de direito interno.

Na ótica liberal-fechada do ordenamento jurídico, de onde provém a opção subjetivista do artigo 392 do Código Civil, o choque entre as mencionadas normas implicaria na expulsão de uma delas. No caso em exame, haveria a exclusão da regra subjetiva da responsabilidade civil, porque em: a) contradição com normas mais gerais e que veiculam o princípio da boa-fé objetiva; b) choque direto com o princípio cardeal da dignidade humana, do qual decorre o princípio da igualdade substancial e derivam as concepções objetivas de conduta.

Ainda no trato tradicional das antinomias, o critério hierárquico não seria adequado para a solução do conflito porque as normas estão inseridas no mesmo diploma

legal. O critério cronológico também não serviria para solução, na medida em que ambas as normas foram editadas no bojo do Código Civil de 2002. Por fim, o critério da especialidade implicaria na prevalência da norma do artigo 392, por ser mais particular sobre a situação dos contratos benéficos. Desse modo, os critérios de solução oferecidos na doutrina clássica não apresentam resposta satisfatória para a antinomia em questão.

13.2. PROPOSIÇÃO DE SOLUÇÃO

É preciso, então, avançar em proposição de solução, a partir das premissas adotadas nos capítulos anteriores deste trabalho: a) sistema jurídico autopoietico; b) obrigação na perspectiva de processo; c) utilização da cláusula geral no sistema aberto e autopoietico; d) boa-fé objetiva como fator de dinamismo do vínculo obrigacional; e) dignidade humana como princípio central do ordenamento e norteador da boa-fé objetiva; e) novos delineamentos da responsabilidade civil nos contratos benéficos.

O Direito como sistema autopoietico recebe permanente interferência do meio envolvente. Para a busca de solução da mencionada antinomia, é preciso não esquecer que a manutenção da concepção subjetivista da responsabilidade civil, nos contratos benéficos, é legado do liberalismo jurídico, com a preservação do dogma da vontade, no interesse da ideologia dominante da época, em pretensão sistema fechado. A manutenção do requisito do elemento subjetivo da responsabilidade civil nos contratos benéficos, na contramão do caminho da objetivação de parâmetros para aferição da responsabilidade civil contratual, pode ser explicada pela contínua preocupação do legislador com o valor da liberdade do indivíduo. No curso deste trabalho, entretanto, foram analisados os fatores determinantes do redimensionamento da liberdade contratual, com exercício conforme a ordem constitucional vigente.

A premissa autopoietica do Direito pode prevenir os riscos de submissão do sistema jurídico ao poder econômico ou político. O mecanismo de defesa do sistema jurídico brasileiro é a Constituição Federal, instrumento de diferenciação da conduta dos

contratantes pelo código-diferença *lícito-ilícito*, a partir do qual o Direito se regenera. No direito dos contratos, cabe à Constituição o papel de mediatização dos comportamentos, com base em valores e princípios estruturantes do sistema.

No campo dos contratos, a objetivação da conduta e da responsabilidade civil, derivada dos outros princípios cardeais do sistema jurídico, não se torna, necessariamente, excludente da garantia da liberdade do indivíduo de celebrar contratos com objetivos benéficos. O ordenamento tutela o negócio jurídico benéfico através da interpretação restritiva (artigo 114 do Código Civil), mas não o diferencia, nem poderia fazê-lo, dos demais contratos naquilo que constitui a essência valorativa do ato de contratar.

Os contratos benéficos, da mesma forma que os onerosos, estão inseridos no sistema jurídico aberto brasileiro, no qual a mediatização das condutas de ambas as partes é realizada pelas cláusulas gerais, com destaque para a boa-fé objetiva, condutora do influxo dos direitos fundamentais. A atuação da cláusula geral da boa-fé objetiva é vinculada à concepção dinâmica da relação obrigacional, prevalente sobre a visão atomística e simplista, própria do sistema fechado e a partir da qual o contrato benéfico era descrito. Adotada a noção de obrigação como processo, aquela visão reducionista do fenômeno cede espaço para uma visão do contrato benéfico não apenas comprometido com valores exclusivamente individuais, mas com a humanização do sistema.

Tal mudança paradigmática atinge os contratos benéficos, diante da entronização da dignidade humana como vetor interpretativo das normas infraconstitucionais. A regra do artigo 392 do Código Civil deve ser interpretada com base nesse elemento nuclear do ordenamento jurídico, alicerce de valores como consciência social, eticidade e adimplemento substancial. A liberalidade de um contrato benéfico não torna o negócio jurídico imune à incidência dos direitos fundamentais. Para a eficácia dos direitos fundamentais nos contratos benéficos, a juridicidade da conduta de qualquer das partes, mesmo de a quem o contrato não aproveita, deve ser avaliada a partir de parâmetros objetivos, relacionados aos valores e princípios inspiradores do ordenamento. O desvio de conduta, configurador de ato ilícito

contratual, gerador da conseqüente responsabilidade civil contratual, dispensa o elemento volitivo de quem pratica a liberalidade.

As premissas estabelecidas nos capítulos anteriores, portanto, possibilitam proposição de meio para a solução da antinomia em questão: a técnica da ponderação. Essa possibilidade se harmoniza com a noção de totalidade concreta e com a compreensão do Direito como sistema autopoiético, em que os conflitos internos são conseqüências naturais da interação e da interferência entre os elementos.

No atual sistema jurídico brasileiro, a antinomia tem essa função sistêmica. O conflito entre o artigo 392 e os artigos 113, 187 e 422 do Código Civil de 2002 é conseqüência do processo dialético do ordenamento pátrio, inevitável ao conceito de sistema como uma totalidade concreta, no qual estão inseridos todos os contratos, sem exceção para os benéficos.

A aplicação dos direitos fundamentais na esfera do direito privado permite que a responsabilidade civil nos contratos benéficos adote novos parâmetros, e com isso possa cumprir com a sua função social, através da concretização dos valores constitucionais. Em virtude dessa revisão do direito privado, o operador do sistema deve buscar a reinterpretação da norma prevista no artigo 392 do Código Civil, sob os influxos dos preceitos fundamentais, para alargar as hipóteses de responsabilidade civil do instituidor da liberalidade aos casos de descumprimento objetivo de padrão de conduta. Essa releitura implica, portanto, na revisão do critério da antijuridicidade do agente, tornando-o mais amplo.

No processo de reinterpretação do referido artigo 392, a técnica de ponderação entre os valores em conflito resultará na prevalência da aplicação da norma como reflexo dos preceitos fundamentais. O referido dispositivo, após a ampliação das hipóteses de responsabilidade civil com base na boa-fé objetiva, deve servir ao sistema como instrumento de concretização dos cânones constitucionais, desde a fase pré-contratual. Com isso, preserva-se o princípio da dignidade humana e a garantia da liberdade contratual, com solução hermenêutica que protege a própria

essência do contrato benéfico. Exceto em casos de fraudes, quem pratica a liberalidade não quer frustrar ou prejudicar a contraparte, ao contrário. Com a regulação objetiva da conduta do agente, o contrato tende a melhor cumprir sua missão e destino final.

Ao invés do descarte da norma colidente, a reinterpretação conforme os valores e princípios constitucionais atende ainda ao princípio da conservação, adotado pelo legislador do Código Civil de 2002.

A ponderação entre a liberdade de contratar e os demais valores e princípios do ordenamento jurídico dependerá da análise do caso concreto, das circunstâncias específicas e da posição de cada uma das partes. A conduta de quem praticou a liberalidade deve ser concretamente contrastada com o perfil de probidade, lealdade e correção, razoavelmente esperado na situação.

Por último, tal esforço hermenêutico reinterprelativo do artigo 392 do Código Civil viabiliza a conexão entre a ordem jurídica e a realidade social, com o equilíbrio interno do sistema jurídico, por critérios próprios.

CAPÍTULO XIV – CONCLUSÃO

1 – O estudo da boa-fé objetiva deve ser associado à análise das profundas mudanças que atingiram o direito privado, especialmente nos últimos dois séculos. O estudo do sistema jurídico não pode prescindir da realidade social e econômica na qual está inserido, e o direito dos contratos tornou-se a expressão do poder dominante. A metodologia da pesquisa em Direito deve ser uma reflexão crítica, desmistificadora, denunciadora de processos que retroalimentam um sistema de dogmas.

2 – O Direito, compreendido como sistema autopoiético, é dotado de auto-referência e de capacidade cognitiva, em movimento de fechamento e de abertura, indispensáveis à sua sobrevivência. Com a premissa da autopoiese, o Direito é estruturado para criar normas a partir de si mesmo, e ao mesmo tempo conviver com interferências de outros sistemas sociais, através de processos comunicativos.

3 – A abertura para os outros subsistemas e conseqüentes interferências externas, entretanto, não devem implicar na submissão do sistema jurídico ao poder político ou econômico. A autonomia depende da existência e eficiência de mecanismo de defesa, atribuído à Constituição. O desequilíbrio do mecanismo de defesa do sistema jurídico acarreta a sua vulnerabilidade aos outros sistemas sociais e conseqüente hipertrofia dos interesses econômicos e sociais, com perda da autorreferência e da autonomia operacional.

4 – A história do direito privado é marcada por exemplos de hipertrofia ideológica, entre os quais oscilou a dicotomia entre o direito público e o direito privado. No estudo da boa-fé, interessa o contraponto das mudanças verificadas a partir da Revolução Francesa, com a profunda dicotomia entre essas esferas, que espelhou a ideologia, os anseios e as necessidades da classe burguesa ascendente, caracterizados pela regulação da vida dos particulares sem a interferência estatal. Essa dicotomia radical conduziu ao fechamento do sistema jurídico, à elevação do individualismo jurídico, ao absolutismo da vontade e à respectiva liberdade contratual.

5 – Os valores da Era Liberal ruíram por força de distorções no meio social que colocaram em risco a estratégia de dominação capitalista. Agravado pelos horrores do fascismo e do nazismo, o risco de descontrole social moveu o sistema jurídico para fase de abertura, com maior intervencionismo estatal e relativização das liberdades privadas, no advento do denominado *Welfare State*, no Século XX. O movimento do Estado Social, todavia, se deteriorou na medida da incapacidade de solução da exclusão social por um Estado agigantado e aparelhado. O processo de globalização também fragilizou o Estado, com perda de controle da produção legislativa e da jurisdição.

6 – O movimento de redução do tamanho do Estado acentuou as carências e distorções sociais, especialmente diante da crescente e rápida concentração de renda. Foi então retomada a preocupação com os direitos humanos, em caráter universal, com as Constituições incorporando valores fundamentais, centralizados na dignidade da pessoa humana. O direito privado é balizado pelo denominado fenômeno da constitucionalização, com incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, que é mais uma questão de processo do que de produto ou conteúdo e, no direito brasileiro, a Constituição de 1988 marca essa etapa de abertura do sistema.

7 – A compreensão da boa-fé objetiva remete à noção de obrigação na perspectiva processual, com seus elementos dinâmicos, diante de uma matriz concreta e total da realidade, desdobrada em processos intersubjetivos sobre os quais incidem diversos poderes e deveres catalisadores de vínculo cooperativo entre os contratantes.

8 – A cláusula geral da boa-fé objetiva é fator de transformação do direito privado, realizando a mediatização entre as normas desse subsistema e os valores constitucionais num processo dialético no campo obrigacional. Isso sob influxo dos direitos fundamentais, centralizados no valor da dignidade da pessoa humana, revolucionário das relações de direito privado e elemento de contenção de uma liberdade jurídica individual relativizada a partir da necessária conformidade com os valores-guia do sistema. O significado da dignidade se relaciona ao respeito inerente

a todo ser humano, indiferente a qualquer noção de valor patrimonial, em caráter universal e incondicional, do que decorre o princípio da igualdade substancial.

9 – A igualdade substancial implica no reconhecimento da coexistência de interesses, com possíveis conflitos na esfera privada, dentre eles o choque entre a liberdade contratual e a dignidade da pessoa humana. A técnica da ponderação é adequada para solução desses impasses, dentro da compatibilização de princípios, com preferência da dignidade humana e dos direitos fundamentais sobre as demais disposições normativas, diante do caso concreto.

10 – No sistema aberto e dialético do direito privado, compreendido como uma totalidade concreta, as antinomias jurídicas são consequência inevitável e necessária de contradições e interferências entre os elementos sistêmicos, da irradiação dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares. As formas clássicas de solução entre conflitos de normas jurídicas não mais correspondem às expectativas contemporâneas. O choque entre normas demanda esforço hermenêutico reinterpretaivo, pela aplicação dos princípios constitucionais, com adequação da norma destoante às diretrizes do sistema.

11 – A cláusula geral é tema inerente à premissa de sistema autopoietico, relevante na sociedade atual globalizada, fluida e multiforme. Garante a abertura ao meio envolvente, sem perder a autorreferencialidade do sistema jurídico. A cláusula geral da boa-fé objetiva atua na redução dos conflitos oriundos de relações contratuais, com atuação integrativa, interpretativa e limitativa do exercício de direitos. Na dimensão autopoietica, realiza a mediação de embates entre o subsistema de direito privado e os demais sistemas sociais.

12 – A análise da aplicação da boa-fé objetiva nos contratos benéficos exige reflexão crítica do dogma científico da classificação dos contratos em bilateral e unilateral (atualmente oneroso e benéfico). A doutrina tradicional define os contratos gratuitos como aqueles que geram obrigações apenas para uma das partes, entendida a criação estanque de deveres apenas para um dos lados, adotada a concepção estática do vínculo obrigacional.

13 – Entre as conseqüências práticas da distinção clássica dos denominados contratos benéficos, no regime da responsabilidade civil, o contratante a quem o contrato não favorece responde apenas em caso de dolo. Nos casos de contratos benéficos, exige o elemento subjetivo do dolo para configuração da responsabilidade civil do inadimplente não favorecido pela avença.

14 – A evolução da responsabilidade civil no direito privado aponta a tendência de objetivação como critério para aferição da ilicitude da conduta do agente. A redução de importância do elemento subjetivo, imprescindível no período liberal do Direito, responde ao desafio de aperfeiçoamento constante do processo produtivo, não apenas para a confiabilidade do mercado consumidor, mas também para expansão e controle dos agentes produtivos. O ordenamento jurídico brasileiro segue o modelo dualista de responsabilidade civil, com a circunscrição da responsabilidade subjetiva a limites inseridos no entorno da responsabilidade objetiva, atualmente delineada pelos princípios da solidariedade social, da precaução e da dignidade da pessoa humana.

15 – No campo contratual, os novos contornos da responsabilidade civil traduzem, ainda, a reparação como instrumento de concretização de garantias fundamentais, de valores e de princípios do sistema, expandidos para além das fronteiras da órbita individual, em decorrência da função social dos contratos.

16 - A vinculação da responsabilidade civil ao dolo, nos contratos benéficos, prevista no artigo 392, do Código Civil de 2002, é resquício da visão abstrata e estática do fenômeno obrigacional, típica do direito liberal, com nascimento de obrigação apenas para uma das partes.

17 - Apesar dos avanços no processo de abertura do direito privado, é preciso considerar a questão da observância da boa-fé por quem pratica a liberalidade em contrato benéfico. A doutrina brasileira não enfrenta a questão da boa-fé objetiva na conduta do instituidor, mesmo após o advento do Código Civil de 2002.

18 - Na vigência da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002, o sistema do direito privado brasileiro não mais comporta o modelo abstrato e estático

do fenômeno obrigacional, nem admite regras de exceção quanto à observância do valor da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal.

19 - Nos contratos benéficos, a liberalidade de conduta de um dos contratantes, não afasta a incidência dos valores e dos princípios regentes do atual direito dos contratos. A causa desse tipo de contrato não pode ser confundida ou limitada ao consentimento. Ainda que se considere necessária a fusão da vontade concreta dos sujeitos com a função jurídica do negócio, a causa do negócio jurídico benéfico não pode ser dissociada de vetores valorativos do ordenamento jurídico. Tais influxos ocorrem através das cláusulas gerais de forma imperativa, independentemente dos motivos psicológicos de quem não é favorecido pelo contrato.

20 - O fenômeno obrigacional também revela dinamismo nos contratos benéficos, mediante processo intersubjetivo composto por etapas, e as partes neles envolvidas devem perseguir o adimplemento substancial da avença, independentemente da contraprestação material. O adimplemento substancial depende da conformação, do respeito a princípios imperativos, inclusive o da justiça social, estabelecida no artigo 170, da Constituição Federal. Com isso, o atributo de benéfico do contrato não mais pode estar cingido ao interesse particular dos contratantes, porque há efeitos que ultrapassam a soma das individualidades.

21 - A boa-fé objetiva estabelece padrão de conduta para todos os contratos, não dissociável dos contratos benéficos, pela impossibilidade de excluí-los dos ditames constitucionais que alicerçam a base desse princípio do direito contratual. A ausência de equilíbrio contratual não aliena os contratos benéficos de realidade normativa integrada por outros princípios e valores essenciais ao sistema jurídico, de necessária observância para a meta do adimplemento substancial. O princípio do adimplemento substancial não permite a desvinculação imediata do contratante não beneficiado, após a concessão do benefício.

22 - O contrato benéfico não exclui a incidência de parâmetros objetivos de conduta e da obediência a deveres acessórios para quem pratica a liberalidade. O altruísmo da ação não afasta a necessidade de atuação do agente conforme o ordenamento

constitucional. Ninguém está obrigado a praticar atos de liberalidade. Mas, quem decide fazê-los, assume posição jurídica vinculada aos valores e princípios contratuais vigentes.

23 - A regra de interpretação restrita, estabelecida no artigo 104 do Código Civil, é compatível com os princípios e valores do ordenamento e constitui norma suficiente de proteção de quem pratica a liberalidade, com preservação do sentido total da contratação e da finalidade do pacto e compatibilidade da vontade do instituidor do benefício com os valores do ordenamento. O referido dispositivo legal confere justa medida à proteção da liberdade de contratar.

24 - O direito subjetivo à realização do contrato benéfico não pode ser exercido de qualquer modo, mas sim com lealdade, cooperação e proteção da contraparte, mesmo que nada aproveite a um dos contratantes do contrato, porque os interesses prevalentes no direito dos contratos não são mais apenas patrimoniais. Esses deveres acessórios conduzem ao cumprimento adequado da prestação, ao agir no sentido de evitar riscos, ocorrências acidentais ou prejudiciais ao programa contratual.

25 - Além dos deveres acessórios de conduta, quem pratica a liberalidade ainda precisa observar certos limites ao exercício de direitos. É inaceitável, no âmbito dos contratos benéficos, o exercício de posições jurídicas inadmissíveis, desde a fase preliminar, em nome da tutela da confiança, também avessa à figura do abuso de direito no campo dos contratos benéficos. A manifestação da liberdade de quem deseja praticar a liberalidade não pode ser separada da proteção da confiança depositada no beneficiário.

26 - Os deveres de cooperação e de lealdade vinculam as partes contratantes, desde a fase preliminar de um contrato benéfico. A ausência de contraprestação por parte do beneficiário não afasta a necessidade de mútuo auxílio no processo de formação da vontade contratual. Mesmo aquele que pratica a liberalidade tem o dever de considerar a legítima confiança da contraparte na realização do negócio, na medida em que a negociação avance. A responsabilidade pelo dano pré-contratual dependerá da análise das circunstâncias do caso concreto, através do

juízo de ponderação entre a liberdade negocial e a boa-fé objetiva, diante da situação jurídica específica.

27 - A boa-fé objetiva, prevista nos artigos 113, 187 e 422, do Código Civil de 2002, é aplicável aos contratos benéficos, em diversas funções de atuação. Além das partes contratantes, a percepção da aplicação da boa-fé objetiva, nos contratos benéficos a ambos os contratantes, deve nortear também os intérpretes das declarações de vontade, especialmente o juiz no ato decisório de litígio com fato gerador fundado em relações jurídicas da espécie.

28 - A norma do artigo 392 conflita com as disposições contidas nos artigos 113, 187 e 422, do Código Civil, em razão da imposição do elemento subjetivo do dolo para caracterização da responsabilidade civil nos contratos benéficos, enquanto as referidas normas gerais estabelecem o princípio da boa-fé objetiva para todos os contratos. No atual sistema jurídico brasileiro, a antinomia tem essa função sistêmica. O conflito entre as referidas normas é consequência do processo dialético do ordenamento pátrio, inevitável ao conceito de sistema como uma totalidade concreta, no qual estão inseridos todos os contratos, sem exceção para os benéficos.

29 - As soluções propostas pela visão clássica das antinomias jurídicas não são satisfatórias para a solução do conflito. Propõe-se, então, nova solução hermenêutica, a partir da técnica da ponderação para a solução, com a reinterpretção da norma prevista no artigo 392 do Código Civil, sob os influxos dos preceitos fundamentais, para alargar as hipóteses de responsabilidade civil do instituidor da liberalidade aos casos de descumprimento objetivo de padrão de conduta.

30 – Ponderados os valores em conflito, impõe-se nos contratos benéficos a ampliação das hipóteses de responsabilidade civil com base na boa-fé objetiva, sem prejuízo da regra de interpretação prevista no artigo 104 do Código Civil, preservados o princípio da dignidade humana e a garantia da liberdade contratual, com solução hermenêutica que protege a própria essência do contrato benéfico. Por conseguinte, aquele a quem o contrato não favorece responderá pelo

inadimplemento de deveres decorrentes do princípio da boa-fé objetiva, independentemente da consideração do elemento do dolo previsto no artigo 392 do Código Civil.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2006.

AMADO, Juan Antonio Garcia. *La Filosofía Del Derecho de Habermas y Luhmann*. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía Del Derecho. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006, n.5.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Aspectos da Evolução da Teoria dos Contratos*. São Paulo: Saraiva, 1949.

ANTUNES, José Engrácia. Prefácio. In: TEUBNER, Gunther. *O direito como um sistema autopoietico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. 9ª Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Cláusulas gerais e segurança jurídica no Código Civil de 2002. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, v.28, p. 77 a 92, out./dez. 2006.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROS, José Manuel de Araújo. *Cláusulas contratuais gerais*. Coimbra: Coimbra, 2010.

BARROSO, Luís Roberto [org.]. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BETTI, Emilio. *Teoria General de las Obligaciones*. Tradução de José Luiz de los Mozos. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969.

BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*. Ed. Histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1975.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Tradução por Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 4ª Ed. Bauru: EDIPRO, 2008.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 10/01/2011.

BRASIL. Lei 4.657 de 04 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. (Redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010). Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 10/01/2011.

BRASIL. Lei 8.069 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 10/01/2011.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 10/01/2011.

BRASIL. Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 10/01/2011.

BRASIL. Lei n. 9.790, de 23 de março de 1999. Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 10/01/2011.

BRASIL. Código Civil. Lei n. 10.406 de 10 de jan. de 2002. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 10/01/2011.

BRASIL. Lei 11.340 de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 10/01/2011.

CAENEGEM, R. C. van. *Uma introdução histórica ao Direito Privado*. Tradução Carlos Eduardo Lima Machado. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. Reflexões em torno do conceito de obrigação, seus elementos e suas fontes. In: TEPEDINO, Gustavo [coord.]. *Obrigações*. Estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, Cap. 1, p. 1 - 28.

CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang [org.]. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, Cap. 8, p. 225 - 246.

CASTRO, Mônica. A colisão entre as normas do novo Código Civil e as leis especiais em vigor: aplicação de princípio jurídico. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, v.13, p. 155 - 176, jan./mar. 2003.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2007.

DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. *Teoria dos atos próprios no princípio da boa-fé*. Curitiba: Juruá, 2008.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ao estudo do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas: de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406/2002)*. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução J. Baptista Machado. 3ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbeinkian, 1988.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *A Lei de introdução ao Código Civil brasileiro*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, v. 3.

FACCHINI NETO, Luiz Edson. 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, Cap. 3, p. 89 - 106, 2006.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Teoria da norma jurídica*. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FRITZ, Karina Nunes. *Boa-fé objetiva na fase pré-contratual*. Curitiba: Juruá, 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze. *O contrato de doação: análise crítica do atual sistema jurídico e os seus efeitos no direito de família e das sucessões*. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil: Parte Geral*. 11ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GALBRAITH, John Kenneth. *A economia das fraudes inocentes: verdades para o nosso tempo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 12ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. *Contratos*. 26ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 85.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

HOBBS. Leviatã. In: MAFFETTONE, Sebastiano; VECA, Salvatore [orgs.]. *A idéia de justiça de Platão a Rawls*. Tradução Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

HOBBSAWM, Eric. *Era dos extremos: o breve século XX*. Tradução Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

JHERING, Rudolf Von. *Culpa in contrahendo ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição*. Coimbra: Almedina, 2008.

KANT. A metafísica dos costumes. In: MAFFETTONE, Sebastiano, VECA, Salvatore [orgs.]. *A idéia de justiça de Platão a Rawls*. Tradução Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KOSÍK, Karel. *Dialectica de lo concreto*. Tradução de Adolfo Sanchez Vazquez. México: Grijalbo, 1967.

KRUSCHEWSKY, Eugênio. *Teoria Geral dos Contratos Civis*. 2ª Ed. Salvador: Jus Podivm, 2009.

LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1952.

LIMA, Hermes. *Introdução à ciência do Direito*. 14ª Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964.

LOCKE. Tratado sobre o governo. In: MAFFETTONE, Sebastiano; VECA, Salvatore [orgs.]. *A idéia de justiça de Platão a Rawls*. Tradução Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil: Obrigações em geral*. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989. v.2.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 44.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I e II*. Tradução Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

LUKÁCS, Georg. *Historia y consciencia de clase*. Tradução de Manuel Sacristán. Barcelona: Grijalbo, 1975.

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

MAZZEI, Rodrigo. Apresentação. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (coord). *Comentários ao Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado: Parte Especial*. Vol. 46. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang [org.]. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, Cap. 4, p. 107 - 150.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho no direito constitucional*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

NALIN, Paulo. Cláusula geral e segurança jurídica no Código Civil. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, v.23, p. 59 – 76, jul./set. 2005.

NEUNER, Jörg. O Código Civil da Alemanha (BGB) e a Lei Fundamental. In: SARLET, Ingo Wolfgang [org.]. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, Cap. 9, p. 247 - 272.

NEVES, A. Castanheira. *A crise actual da filosofia do direito no contexto global da filosofia: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 2ª Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

OERTMANN, Paul. *Introducción al Derecho Civil*. 3ª Ed. Tradução de Luis Sancho Seral. Barcelona-Buenos Aires: Editorial Labor S/A, 1933.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 9ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. *Instituições de Direito Civil*. Vol. III, Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PEREIRA, Regis Fichtner. *A responsabilidade civil pré-contratual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

PRATA, Ana Maria Correia Rodrigues. *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*. Coimbra: Almedina, 1982.

_____. *Notas sobre a responsabilidade civil pré-contratual*. Coimbra: Almedina, 2005.

_____. *Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais*. Coimbra: Almedina, 2010.

REALE, Miguel. Prefácio. In: BRASIL. *Novo Código Civil Brasileiro*. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009.

ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no código civil*. São Paulo: Saraiva, 2007.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil: Direito das Obrigações Direito Hereditário*. Traduzido por Ary dos Santos. São Paulo: Saraiva, 1958. v. 3.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski, FACHIN, Luiz Edson. *Direitos Fundamentais, Dignidade da Pessoa Humana e o Novo Código Civil: uma análise crítica*. In: SARLET, Ingo Wolfgang [org.]. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. *Aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares e a boa-fé objetiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: SARMENTO, Daniel [org.]. *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto [org.]. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SCHREIBER, Anderson. *Novas tendências da responsabilidade civil brasileira*. Revista Trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro: Padma, v.22, jan./mar. 2003.

_____. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Comentários contextual à Constituição, de acordo com a Emenda Constitucional 52 de 8.3.2006 (Dou 9.3.2006)*. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Hermenêutica filosófica e direito. O exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SIMIONI, Rafael; FERRONATTO, Rafael; FERRETO, Karine. Cláusulas gerais e sensibilidade comunicativa: direitos fundamentais privados na sociedade global. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.25, Cap. 1.12, p. 250 - 270, jan./mar. 2006.

SLAWINSKI, Célia Barbosa Abreu. *Contornos dogmáticos e eficácia da boa-fé objetiva: o princípio da boa-fé no ordenamento jurídico brasileiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAIS, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v.1.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo [coord.]. *Obrigações*. Estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TEUBNER, Gunther. *O direito como um sistema autopoietico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

TRINDADE, Washington Luiz da. *Scienza nuova*. Discurso proferido na aposição do retrato do autor, na sala de professores da UFBA, após o título de professor emérito. Salvador, 4p.

VAZQUEZ, Adolfo Sanchez. Prólogo. In: KOSÍK, Karel. *Dialectica de lo concreto*. Traducido por Adolfo Sanchez Vazquez. México: Grijalbo, 1967.

WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fe*. Madrid: Civitas, 1977.

_____. *História do direito privado moderno*. Tradução A. M. Botelho Hespanha. 3ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.