

VICTOR LISBOA DE FARIA

**BOA-FÉ CONTRATUAL: DE LIMITE À ELEMENTO DE EXISTÊNCIA DO
CONTRATO E SEUS FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS**

CURITIBA

2006

VICTOR LISBOA DE FARIA

**BOA-FÉ CONTRATUAL: DE LIMITE À ELEMENTO DE EXISTÊNCIA DO
CONTRATO E SEUS FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS**

Monografia apresentada ao núcleo de monografias como requisito parcial à conclusão do curso de graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Roberto Ribeiro Nalin

CURITIBA
2006

TERMO DE APROVAÇÃO

VICTOR LISBOA DE FARIA

**BOA-FÉ CONTRATUAL: DE LIMITE À ELEMENTO DE EXISTÊNCIA DO CONTRATO
E SEUS FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel no Curso de Graduação de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Paulo Roberto Ribeiro Nalin

Prof. Dr. Rodrigo Xavier Leonardo

Prof^a. Dr. Patrícia Buendgens Schneider

Curitiba, 27 de outubro de 2006

*Dedico este trabalho à
Julybia Jupyra Barreto de Faria
pelo exemplo de coragem*

Agradecimentos

Ao professor e orientador Paulo Nalin
pelo esclarecimento durante os anos da graduação

Ao meus amigos
pela lealdade inabalável

Aos meus pais
por toda a colaboração e auxílio
inclusive na elaboração deste trabalho

... estados de ânimo – e filosofias de estados de ânimo melancólicos – não conseguem justificar o abandono derrotista dos conteúdos radicais do Estado democrático de direito; eu proponho, inclusive, um novo modo de ler estes conteúdos, mais apropriado às circunstâncias de uma sociedade complexa. Caso contrário, eu deveria escolher um outro gênero literário – talvez o do diário de um escritor helenista, preocupado apenas em documentar para a posteridade as promessas não cumpridas de sua cultura decadente.

Jurgen Habermas, Direito e Democracia – entre faticidade e validade.

SUMÁRIO

RESUMO	2
INTRODUÇÃO	3
1 O CONCEITO MODERNO DE CONTRATO	6
1.1 ESTRUTURA DO CONTRATO: PRESSUPOSTOS, ELEMENTOS E REQUISITOS	9
1.1.1 O consenso: elemento fundamental do contrato	13
1.2 O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA E SEUS REFLEXOS SOBRE O DIREITO CONTRATUAL	15
1.2.1 A relativização dos princípios clássicos do Direito Contratual	22
1.3 OS FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DO CONTRATO MODERNO	26
2 O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ CONTRATUAL.....	29
2.1 FUNÇÕES DA BOA-FÉ	35
2.1.1 A função interpretativo-integrativa.....	37
2.1.2 A Equidade e o controle do conteúdo da relação contratual	39
2.1.2.1 O Controle do conteúdo do contrato	40
2.1.2.2 O exercício inadmissível de posições jurídicas	43
2.1.3 Os deveres instrumentais	47
2.1.4 A responsabilidade pré-contratual.....	51
2.2 BOA-FÉ: DE LIMITE A ELEMENTO DE EXISTÊNCIA DO CONTRATO	53
3 AS PROPOSTAS DE UM CONCEITO PÓS-MODERNO DE CONTRATO	56
3.1 HABERMAS, A TEORIA DA AÇÃO COMUNICATIVA E O PRINCÍPIO DO DISCURSO.....	58
3.2 AS CATEGORIAS DA TEORIA DA AÇÃO COMUNICATIVA E O DIREITO.....	61
3.2.1 O ato de fala e as pretensões de validade	64
3.2.2 A situação ideal de fala: seus requisitos para a formação do consenso legítimo.....	66
3.3 BOA-FÉ, CONSENSO E A SITUAÇÃO IDEAL DE FALA – A BUSCA POR UM DIÁLOGO.....	68
CONCLUSÃO.....	72
REFERÊNCIAS	74

RESUMO

Trata o presente trabalho de um estudo do contrato e de seu princípio fundamental, a autonomia privada, em sua acepção clássica, bem como volta-se ao estudo do princípio da boa-fé no Direito Contratual, com ênfase nas funções desempenhadas por esta, para denotar a incompatibilidade entre ambos – contrato moderno e boa-fé - em razão dos fundamentos filosóficos que sustentam o contrato moderno. É esboçada, a título propositivo, a adoção de uma nova fundamentação filosófica para o contrato – o paradigma da linguagem – fundamentando-se na teoria da ação comunicativa, de Jurgen Habermas, na medida em que as categorias ali desenvolvidas – razão comunicativa, consenso, atos de fala e situação ideal de fala – uma vez que estas categorias conseguem abranger adequadamente tanto noções vinculadas à idéia de autonomia privada e de boa-fé.

INTRODUÇÃO

As implicações do princípio da boa-fé ganharam destaque nas pesquisas concernentes ao Direito Contratual brasileiro. Ainda que fosse prevista a noção de boa-fé enquanto fator na interpretação dos contratos tratados no âmbito do antigo Código Comercial, a doutrina brasileira era relativamente uníssona ao entender a boa-fé como um elemento que figurava especificamente nos Direitos Reais.

A boa-fé era uma dentre as qualidades da posse, que por sua vez é um dos requisitos para a ação de usucapião, bem como era através da boa-fé que se determinava o regime de indenização por benfeitorias realizadas em bem alheio, entre outros usos. Daí releva o caráter subjetivo deste uso da boa-fé em direito civil, uma vez que se remete à idéia daquele que age sem a consciência de lesar direito subjetivo alheio. Por estado subjetivo que é, em Direitos Reais presume-se a boa-fé, apenas desconstituída ante a prova da má-fé do agente.

Após a edição do Código de Defesa do Consumidor e, em especial, o Código Civil Brasileiro de 2002, uma área tida como “pronta e acabada” em termos normativos, jurisprudenciais e doutrinários, a Direito Contratual começa agora a exigir especial atenção da academia, demandando uma série de estudos sobre o papel do princípio da boa-fé nos contratos, antes tido como “fórmula vazia”¹ de pouca importância ante a denominada “hipertrofia da autonomia da vontade”.

A boa-fé adquire, em Direito Contratual, um caráter normativo; é denominada por parte da doutrina como um padrão ou *standard* de conduta, a qual os contratantes se encontram adstritos. Sob a roupagem de *cláusula geral*, Incide nas relações contratuais de forma tópica, dando margem ao juízo para completar o sentido da norma em razão da relação contratual em tela. Atribuem-se à boa-fé um amplo leque de funções: É diretriz interpretativa e integrativa do contrato; permite a revisão do conteúdo do contrato em razão de onerosidade excessiva, bem como a ineficácia de cláusulas contratuais abusivas ou iníquas; veda o exercício de direitos subjetivos de forma abusiva ou contrária à confiança estabelecida entre as partes;

¹ Expressões de Rosalice Fidalgo PINHEIRO. Ver *Percurso teórico da boa-fé e sua recepção jurisprudencial no direito brasileiro*.

finalmente, prescreve um dever geral de cooperação, de caráter instrumental, ao qual os contratantes se encontram adstritos antes de iniciarem os negócios para formação do contrato e continuam adstritos após o cumprimento de todas as obrigações contratuais.

Entretanto, este entendimento posiciona o princípio da boa-fé como verdadeiro “cavalo de batalha” ante o princípio da autonomia privada, que fundamenta o contrato como o acordo de vontade entre as partes, outrora tido como o único fator com potencialidade para gerar direitos e deveres entre as partes contratantes. O princípio da boa-fé nos contratos, como entendido pela melhor doutrina, é fonte autônoma de deveres aos contratantes, que seriam entendidos pela doutrina moderna como manifesta violação à liberdade individual. Tal se explica pela pena precisa de Antonio Menezes Cordeiro, a saber:

A metodologia jurídica sofreu, neste século, a falência do conceptualismo – redução do sistema a conceitos, com recurso simples à lógica formal – o fracasso do positivismo legalista exegético – solução de casos concretos com recurso à lei como texto – e os óbices da subsunção – passagem mecânica, passiva, do facto para a previsão normativa, de modo a integrar a premissa menor do silogismo judiciário. *A crítica ao pensamento pressuposto nestes três pontos é fácil; está concluída, aliás, há mais de meio século, em termos que ninguém contraditaria* (sem grifos no original)²

Com acerto, percebe o autor que a crítica ao positivismo, ao pensamento silogístico e ao conceitualismo já está formulada, mas que continua a ser repetidamente aventada pela doutrina. Destaca o autor o motivo de tal ordem de coisas:

Duas justificações para tal insólito: batidas na teoria, as orientações conceptualistas, positivo-legalistas e subsuntivas, reapareceriam na prática jurisprudencial; carentes de autonomia existencial, *as teses que as substituam necessitam, para se afirmar, de partir da negativa* (sem grifos no original)³.

Ainda que exista uma crítica, há muito sedimentada, à metodologia jurídica moderna, não se estabeleceu uma nova metodologia jurídica, daí toda forma “alternativa” ter como ponto de partida a negação dos pressupostos da metodologia

² CORDEIRO, Antonio Menezes. *Da boa fé no Direito Civil*, p.33

³ Idem

moderna, quais sejam: o conceitualismo, o legalismo positivista e o raciocínio silogístico-subsuntivo. Há, em suma, “um divórcio entre os discursos metodológicos oficiais e a dogmática jurídica⁴”.

É neste cenário que se insere a boa-fé. Neste cenário de “crise permanente” na ciência do direito, a idéia de boa-fé objetiva, a qual é refratária a um método de aplicação nos moldes da metodologia moderna, vale dizer, conceitualista, positivista e silogística. É impossível aplicar ou interpretar a boa-fé objetiva sem ter em vista o caso concreto, portanto, avessa à subsunção, se aproximando da “tópica”. Sua aplicação é possível apenas com a figura do juiz, logo, diretamente contrária à concepção de direito positivo-legalista, que identifica o direito à lei. Por fim, a boa fé no viés objetivo não comporta nenhuma forma de conceituação, adquirindo sentido *apenas* quando diante do caso concreto.

Assim, a presente obra visa atingir dois objetivos. Primeiramente, busca-se, através do exame comparativo da noção de autonomia privada, cotejá-la com o princípio da boa-fé em seu viés objetivo. A partir deste exame esperamos restar clara a incompatibilidade entre ambas ante a concepção atual de cada uma das figuras. Em segundo plano, através do exame dos fundamentos filosóficos que fundamentam o contrato apenas na autonomia privada, investigaremos a viabilidade de um contrato que, fundamentado em pressupostos outros que não o paradigma da consciência, a saber, o paradigma da *linguagem*, que a nós se afigura apto a fundamentar um contrato em que figurem tanto a autodeterminação do sujeito quanto o dever ter sempre em conta os interesses dos demais.

⁴ Ibid., p. 41

1 O CONCEITO MODERNO DE CONTRATO

O instituto do contrato compõe, ao lado das categorias típicas dos denominados “direitos reais” - tendo especial relevo a categoria da propriedade – o núcleo central do direito privado¹. É juntamente com a idéia da propriedade que o contrato é tido como categoria que serviu como paradigma para a concepção do sistema jurídico na modernidade². Reflexo direto da racionalidade instaurada com o início da era moderna e o movimento filosófico iluminista, o contrato é o principal meio pelo qual a pessoa – natural ou jurídica – se coloca em posição de exercer domínio sobre um objeto, vale dizer, se apropria de um bem.

Nesse sentido, o Direito das Obrigações – ramo do Direito Civil que compreende o Direito Contratual – viu crescer sua importância em relação às demais áreas do Direito Privado. O sistema econômico capitalista atual é significativamente diferente daquele existente por ocasião da concepção do código civil francês de 1808. Se, anteriormente, o sistema capitalista caracterizava-se pela *produção*, em que a preocupação central era garantir o acesso da classe ascendente aos bens de produção³ – ao imóvel rural, especialmente –, atualmente, o sistema econômico caracteriza-se pelo intenso tráfego de valores, de crédito, vale dizer, pelo capitalismo financeiro, em que os lucros são auferidos não em razão do domínio sobre os bens de produção, mas através de uma massificação das relações contratuais, que possibilitam ao capital de deslocar de um país a outro, de um ramo empresarial a outro, “com o apertar de um botão”⁴.

¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Tempo Brasileiro: Rio de Janeiro, 2003. v. 1, p. 48.

² Basta lembrar que uma das idéias fundamentais ao sistema jurídico moderno é a do direito subjetivo, que remete a um titular, ou seja, um “dono”.

³ Conforme aponta Paulo NALIN, “O contrato era tido como instrumento de circulação de riquezas, constituindo-se em adequado e legítimo mecanismo para que a classe em ascensão (burguesa) tivesse, à sua disposição, um meio legal para obter da classe aristocrática em decadência a tradição do bem jurídico mais importante para aquele sistema jurídico que era o real imobiliário.” *Do Contrato: conceito pós-moderno - em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. Curitiba: Juruá, 2001. p. 109

⁴ Esta breve análise panorâmica sobre o mercado e a economia é essencial para a contextualização de nosso objeto de estudo. Conforme assevera NALIN, “Insiste-se em afirmar que o contrato não pode ser analisado fora de um contexto de mercado, mostrando-se a sua descrição meramente teórica e inadequada para a realização de uma perseguida justiça social.” *Ibid.*, p.123

Atualmente, o capital transita de ações de uma empresa de energia estatal de um país da América Latina para títulos emitidos pelo Tesouro dos Estados Unidos, para, amanhã, o mesmo capital ser empregado na compra de debêntures de uma empresa automotiva alemã, ou de ações de uma empresa da indústria fonográfica americana ou até mesmo em investimento em uma indústria farmacêutica britânica. Enfim, persegue-se liquidez, segurança e, principalmente, os maiores índices de rentabilidade através do globo. Os próprios meios de produção estão, gradualmente, desvinculando-se do capital representado pelo bem imóvel, estagnado e ilíquido por natureza. Atualmente, os bens essenciais às empresas estão cada vez mais desvinculados do direito real de propriedade: são, entre outros direitos, marcas, patentes, direitos de reprodução de obras e posições contratuais, seja em relação ao poder público, seja com seus fornecedores e consumidores.

Uma empresa de transporte aéreo hodierna não mais detém a propriedade de seus aviões, mas utiliza-os através de contratos de *leasing*, devolvendo-os assim que a frota se torna obsoleta e adquirindo, então, a posse de novas aeronaves através da mesma sistemática. Emprega grande parte de seus funcionários através de contratos de prestações de serviços com outras empresas, a chamada “terceirização”. Os principais direitos que tal empresa detém são a sua marca ou suas posições nos contratos de concessão que realiza com o poder público que a autoriza a realizar determinadas rotas. Os lucros são obtidos muito mais em razão da massificação dos serviços oferecidos no mercado do que propriamente na diferença entre o valor de uso e valor de troca dos bens – produtos ou serviços –, diferença pequena, mas existente, pois é dessa diferença que o sistema capitalista permite a obtenção de lucros.⁵

Essa transição pela qual passa o sistema econômico fez surtir seus efeitos no Direito Privado, especificamente no Direito Civil brasileiro. Antes, no Código Civil de 1916, a disposição dos livros da parte especial correspondia a um modo de vida específico, no qual o indivíduo, para figurar enquanto sujeito de direitos no Direito

⁵ Conforme explicita Orlando GOMES, “Dentre as novas técnicas de constituição das relações jurídicas, salientam-se as que foram impostas pela massificação de certos contratos determinante da uniformização de suas condições ou cláusulas e as que acusam a tendência para a despersonalização dos contratantes.” *Contratos*. Atualiz. Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 7

Civil, primeiramente casava e constituía *família*, adquiria *propriedade*, normalmente em virtude do casamento, para então firmar *contratos*, adquirindo direitos de crédito e contraindo obrigações. Atualmente, o indivíduo se insere na vida civil através do Direito Contratual, vendendo sua força de trabalho e adquirindo bens de consumo, para então formar constituir patrimônio, e apenas após adquirir certa estabilidade patrimonial é que o indivíduo se considera apto a proceder a um projeto familiar.

Outro reflexo do crescimento da importância do Direito Contratual é o surgimento do direito consumerista, reflexo específico de um fenômeno maior que é a *descodificação do direito civil*. O direito do consumidor, inaugurado por nós com o advento do código de defesa do consumidor - Lei nº 8.078 de 1990 – estabeleceu um regime específico para os contratos estabelecidos entre consumidores e fornecedores, tendo em vista as especificidades deste tipo de relação e objetivando a preservação do mercado consumidor.

Curiosamente, apesar de tamanha mudança no cenário econômico, político e social, o conceito de contrato é essencialmente o mesmo do concebido em 1808. Foi fundamentado, quando da concepção dessa categoria pela racionalidade moderna, no valor da liberdade individual, traduzida em termos jurídicos, no conceito de autonomia privada, que é a faculdade que todo indivíduo possui de auto-regulamentar seus interesses⁶. Em tempo, nos dedicaremos à análise dos fundamentos e à corrente do pensamento filosófico que fundamenta a noção moderna de contrato. Cumpre, antes, proceder ao exame dos elementos que formam o contrato e dos princípios que fundamentam tal conceito, para que possamos dimensionar em que medida tais fundamentos filosóficos ainda se prestam a explicar o fenômeno contratual.

⁶ Conforme assevera Francisco AMARAL, “A autonomia privada é o poder que os particulares têm de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações de que participam, estabelecendo-lhes o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica”. *Direito Civil: introdução*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 347.

1.1 ESTRUTURA DO CONTRATO: PRESSUPOSTOS, ELEMENTOS E REQUISITOS

Por estar inserido no âmbito de um sistema, qual seja, o sistema jurídico⁷, o contrato se expressa através de um conceito que deriva de outros, mais gerais, assim como é a partir desse conceito que se chega a outros, mais específicos. Nesse sentido, a categoria contratual deriva de outra, mais abstrata, a do negócio jurídico, que deriva da noção de ato jurídico, específica em relação à categoria geral de fato jurídico. Fato jurídico é o acontecimento que tem o condão de produzir efeitos jurídicos, “causando o nascimento, a modificação ou a extinção de relações jurídicas e de seus efeitos” (AMARAL, 2003, p. 347). Compõem o universo dos fatos jurídicos os fatos jurídicos em sentido estrito e os atos jurídicos, que se distinguem entre si em função do elemento volitivo, ausente nos fatos jurídicos em sentido estrito, mas presentes nos atos jurídicos, que podem ser conceituados como uma manifestação de vontade apta a produzir efeitos jurídicos.

No âmbito dos atos jurídicos, distinguem-se as figuras do ato jurídico em sentido estrito e do negócio jurídico⁸. Ainda que seja uma divisão em certa medida controvertida e não pacificada na doutrina, entendem-se como negócio jurídico os atos cujo conteúdo dos efeitos jurídicos é disponível às partes para que os estabeleçam conforme sua vontade, enquanto os atos jurídicos em sentido estrito são os atos cujo conjunto de efeitos jurídicos já se encontra previamente especificado pelo ordenamento jurídico. Grosso modo, os efeitos jurídicos dos atos jurídicos em sentido estrito são *ex lege*, enquanto os efeitos jurídicos ensejados pelo negócio jurídico são *ex voluntae*. Não se descarta aqui a importância do elemento volitivo nos atos jurídicos *stritu sensu*, elemento este sempre presente, mas apenas se sublinha o papel que a vontade desempenha em cada uma dessas figuras.

⁷ Cabe lembrar aqui que a sistematização do direito, cuja expressão maior é o fenômeno da codificação, é também reflexo de uma racionalidade específica, a saber, a racionalidade moderna. Nesse sentido, o pensamento moderno no Direito, do qual destacamos a contribuição de Puchta, concebeu um sistema a partir de um vértice fundamental, e do qual derivam todas as demais categorias, através do emprego do raciocínio lógico.

⁸ Para uma melhor compreensão das questões atinentes à diferenciação entre as categorias negócio jurídico e ato jurídico, destacamos a obra de Luiz Edson FACHIN, *Novo conceito de ato e negócio jurídico: consequências práticas*. Curitiba: Educa/ Scientia et Labor, 1988.

Por fim, temos a categoria do contrato como uma espécie do gênero negócio jurídico. A melhor doutrina caracteriza o contrato como um negócio jurídico *bilateral*⁹, sendo que, dentro de um viés mais tradicionalista, a especificidade do contrato em relação aos demais negócios jurídicos bilaterais é a de que seus efeitos têm, obrigatoriamente, caráter *patrimonial*¹⁰.

É a partir desta seqüência de derivação da categoria mais geral para a mais específica que podemos retirar, segundo o entendimento da concepção moderna, os elementos fundamentais para delimitar o contrato de forma estrutural. Enquanto fato jurídico, o contrato *faz surgir efeitos para o nascimento, a modificação ou a extinção de relações jurídicas*; enquanto ato jurídico, é fundamentado na *manifestação de vontade*; por ser negócio jurídico, seus efeitos são *ex voluntae*, isto é, segundo a sua vontade; finalmente, seu elemento distintivo dos demais negócios jurídicos é a sua *bilateralidade*, exigindo a participação de pelo menos duas *partes*.

Em suma, o contrato é o *ato jurídico bilateral*, cujos efeitos se dão *segundo a vontade das partes*. Destarte, seus elementos estruturais são aqueles do negócio jurídico, além dos elementos que a circunstância da bilateralidade traz, de forma cogente, ao contrato. Nomeadamente, os seus elementos são a *vontade*, o *objeto* e a *forma*, sendo que os pressupostos e requisitos se impõem sobre aqueles. Na falta de um desses elementos temos a inexistência do contrato, enquanto a falta de um qualificador dos elementos enseja a nulidade ou anulabilidade do ato.

O primeiro elemento do contrato comum aos demais negócios jurídicos é vontade, cuja emissão pressupõe a figura do *agente capaz*¹¹, sendo a presença do sujeito um pressuposto, e a sua *capacidade* um requisito. Nesse sentido, e tendo em conta a necessidade de bilateralidade para o contrato, nem sempre a presença de

⁹ GOMES, Orlando. *Contratos*. Op. cit., p. 4

¹⁰ O entendimento de que o contrato possui apenas uma dimensão patrimonial não é isento de críticas. No dizer de Paulo NALIN, “Todavia, é oportuno frisar (...) que ler o código civil, à luz da Constituição, encarta a função, aqui empregada, de atual paradigma do contrato. Implica o distanciamento do individualismo e da patrimonialidade contratual, justificada no Código Civil e que avança, não em sentido de “revogar” tal opção ideológica do legislador da época, mas de relocá-lo e recondiçaná-lo na moldura dos direitos fundamentais à pessoa humana.” *Do Contrato*. Op. cit., p.36

¹¹ Na doutrina, noção de “elemento”, “requisito” e “pressuposto”, usualmente confundem-se. A exemplo, Orlando Gomes não considera a *forma* como um pressuposto, mas um requisito, ambos espécies de elementos que compõem o contrato. Já Francisco Amaral toma a *forma* por elemento, cujo requisito que se lhe impõe é a *legalidade*, uma vez que este autor aparta as três categorias, pois, para ele, os pressupostos precedem os elementos e os requisitos são qualidades dos elementos.

vários sujeitos manifestando sua vontade faz do negócio jurídico um contrato. O contrato exige pluralidade de *partes*, contrapostas por definição, sendo que vários sujeitos podem integrar um pólo da relação. Em suma, uma parte no contrato nem sempre equivale a um sujeito partícipe na relação jurídica¹².

A capacidade é apresentada pela doutrina como capacidade em tese, que é a aptidão de manifestar a vontade capaz de gerar um contrato. A capacidade se distingue da faculdade para a realização de um contrato específico, esta última entendida pela doutrina como legitimidade¹³. A capacidade é um aspecto da personalidade do sujeito, enquanto a legitimidade “é a posição da pessoa em relação a determinados bens que podem ser objeto de negócios jurídicos em geral”. A título de exemplo, a incapacidade se dá com a falta de discernimento do indivíduo das conseqüências do ato, se é, *v.g.*, menor de idade ou interdito, enquanto a ilegitimidade figura quando o sujeito, *v.g.*, não é efetivamente proprietário da coisa que deseja alienar, isto é, se é, não figura como titular do direito que pretende transigir.

O segundo elemento que compõe a figura do contrato é a do *objeto*, cujo requisito que se lhe impõe é a *idoneidade*. A Idoneidade cumula os aspectos de licitude e de possibilidade, sendo que licitude não se confunde com a possibilidade jurídica do objeto, ambas distintas da possibilidade material¹⁴. A impossibilidade material seria ensejada, por exemplo, pelo contrato cujo objeto material fosse um bem infungível impossibilitado de ser disponibilizado, como uma obra de arte única que já se encontra destruída¹⁵. Já a impossibilidade jurídica é a vedação legal expressa para que se repute certo objeto como passível de trânsito jurídico pela forma contratual, sendo seu exemplo clássico a vedação de contrato cujo objeto seja a herança de pessoa viva. A ilicitude diz respeito a um negócio que, ainda que admissível em tese, o objeto do negócio é reprovado por lei, como o contrato de

¹² Tendo em vista a relevância para o contrato a questão do consenso e os objetivos do presente trabalho, tal elemento, específico do contrato será objeto de reflexão posterior, uma vez que o acordo de vontades não se apresenta como um elemento essencial do negócio jurídico.

¹³ GOMES, Orlando. *Contratos*. Op. cit., p. 47

¹⁴ AMARAL, Francisco. *Direito Civil*. Op. cit. p. 408

¹⁵ Alguns autores entendem que onerosidade excessiva para a prestação de certo objeto ensejaria a nulidade do contrato em razão de uma “impossibilidade material”, impossibilidade esta em verdade inexistente, mas que se considera em observância à equidade que deve pautar as relações contratuais.

compra e venda de drogas ilícitas ou a venda de certo medicamento cuja aquisição exija a prescrição médica ante a não apresentação da referida prescrição.

Vale lembrar que o objeto de um contrato sempre é uma obrigação, uma vez que o contrato é fonte de obrigações, de onde se infere a dimensão patrimonial do próprio contrato, em consequência da natureza jurídica das obrigações¹⁶. O termo objeto divide-se em objeto jurídico e objeto material. O objeto jurídico é sempre a prestação, a conduta humana objeto da relação obrigacional, enquanto o objeto material é o bem objeto da prestação¹⁷.

Convém relevar que distinção entre o objeto da prestação e o objeto do contrato, acaba redundando em outra distinção, estudada especificamente pela teoria geral das obrigações, que separa as obrigações com eficácia real (obrigações de dar) das demais obrigações (fazer e não fazer). Ainda que a obrigação tenha por objeto a transferência de um direito real, esta sempre será efetivada por intermédio de uma conduta humana específica, assim como as demais obrigações, de forma que se pode inferir o caráter artificial desta classificação.

Esta divisão artificiosa, pautada por um viés ideológico específico, possui um objetivo bem definido, a saber, a reificação da pessoa humana, na medida em que sua conduta – a prestação – é entendida pelo Direito a partir da mesma racionalidade de apropriação de uma pessoa sobre um mero objeto. A ação humana (em especial na forma de força de trabalho) torna-se coisa, a qual pode ser vendida, comprada, exigida através do poder judiciário da mesma forma que um objeto inanimado.

¹⁶ Orlando GOMES nos aponta o sentido da controvérsia acerca da natureza patrimonial das obrigações: “Nem toda ação juridicamente devida constitui *prestação* no restrito sentido do termo. Importa que a obrigação, da qual seja objeto, tenha caráter patrimonial. A patrimonialidade da prestação foi motivo de controvérsia, enquanto não se distinguiu o *interesse* do credor em ser satisfeito e seu *objeto*.” (...) “Necessário era, como se reconheceu, distinguir duas características essenciais: a *patrimonialidade* e a *correspondência a um interesse* também moral, do credor. O interesse não precisa ser econômico, mas o *objeto* da prestação há de ter conteúdo patrimonial.” (destaques no original) *Contratos*. Op. cit., p. 23-24

¹⁷ “Objeto imediato da obrigação é a prestação, a atividade do devedor destinada a satisfazer o interesse do credor. Objeto mediato é a o bem ou o serviço a ser prestado, a coisa que se dá ou o ato que se pratica.(...) costuma-se confundir o objeto da obrigação com o objeto da prestação, fazendo-se referência a este quando se quer designar aquele, mas isso só se permite para abreviar a frase. Tecnicamente são coisas distintas.” *Ibid.*, p. 21

A forma, por fim, é o último elemento comum a todos os negócios jurídicos que analisaremos. Em razão de toda a valorização que o sistema jurídico presente concede à vontade, à liberdade e à autonomia do sujeito, a regra é a *liberdade de forma* para todos os negócios jurídicos, enquanto a exceção é a prescrição de forma específica pelo ordenamento jurídico, sendo que a não observância desta acarreta a nulidade do ato. São previstas enquanto forma do negócio jurídico, e, por consequência, dos contratos, o instrumento público e o particular¹⁸.

A forma escrita ou a elaboração de um instrumento nem sempre é requisito do contrato. Entretanto, é relativamente freqüente sua elaboração em razão do instrumento constituir meio de prova da existência do contrato, bem como é a partir do instrumento que se interpretam as diversas disposições dos contratantes.

1. 1. 1 O consenso: elemento fundamental do contrato

Tendo em vista a finalidade de nosso trabalho, procederemos à análise específica deste elemento do contrato: o *consenso*¹⁹. Enquanto todo o negócio jurídico implica uma manifestação de vontade, vontade esta que determina, *ex voluntate*, os efeitos jurídicos consequentes ao negócio, o contrato, enquanto espécie de negócio jurídico, não apenas exige tal manifestação como vai além. Tendo em conta a *bilateralidade*²⁰ enquanto característica do contrato, a vontade que tem o condão de fundamentar o contrato há de ser a vontade de todas as partes envolvidas. O acordo seria, portanto, a “fusão de duas declarações, distintas e coincidentes²¹”, sendo que, sobre cada uma destas declarações – ao mínimo duas – aplicam-se as disposições legais concernentes às manifestações individuais de

¹⁸ AMARAL, Francisco. *Direito Civil*. Loc. cit.

¹⁹ O consenso, enquanto elemento do contrato, é mais usualmente denominado pela doutrina como *acordo de vontades* ou *consentimento*. Reservamos-nos o direito de empregar aqui o termo “consenso”, não usual para caracterizar o objeto do qual tratamos, uma vez que a coerência científica impõe que o empreguemos em razão dos marcos teóricos utilizados nesta monografia.

²⁰ Perceba-se que não é apenas o contrato o único negócio jurídico a exigir a formação de um acordo. O ato do casamento, ainda que se componha essencialmente através do acordo de vontades, e ainda que faça surtir efeitos de ordem patrimonial, coaduna-se à categoria dos negócios jurídicos bilaterais, mas não propriamente como um contrato, uma vez que a causa do matrimônio não é a produção de efeitos patrimoniais – ou pelo menos não deveria ser – bem como não há efetiva contraposição de interesses, sempre presente nos contratos.

²¹ GOMES, Orlando. *Contratos*. Op. cit., p. 49

vontade, a exemplo das categorias dos defeitos do negócio jurídico, como o erro e a coação.

Entretanto, são poucas as linhas que a doutrina efetivamente dedica a esta circunstância do *consenso* na formação do contrato. Conforme assevera Orlando Gomes, “para sua formação, são necessárias duas ou mais declarações de vontade que se encontrem emitidas por duas ou mais partes, ou a atuação da vontade de oblato”²².

As fases anteriores à formação do consenso têm sua importância diminuída pela doutrina clássica, e a lei, em boa medida, é lacônica sobre tal aspecto do contrato. Dentro de uma perspectiva moderna de contrato, a tutela jurídica que há sobre o acordo formado entre os contratantes é a mesma que a existente sobre as declarações enquanto emissões individuais de vontade, enquanto a presença de uma outra pessoa fosse um mero detalhe, uma circunstância fática da qual o direito não precisaria ocupar mais do que algumas poucas linhas. As próprias figuras da proposta e da aceitação não são classificadas pela doutrina enquanto negócios jurídicos, mas como meros atos pré-negociais²³.

A inauguração do caráter jurídico da fase pré-contratual se tributa a Rudolf von Ihering pela construção da teoria da *culpa in contrahendo*, que surgiu vinculada à figura da Responsabilidade Civil aquiliana²⁴, vinculada apenas indiretamente ao Direito Contratual, uma vez que apenas existiria contrato *após* a formação do acordo de vontades. A partir da construção da teoria da *culpa in contrahendo* começa a entender-se a fase pré-contratual como uma fase da qual e implicam efeitos jurídicos. É relativamente recente a atenção da doutrina quanto à fase de formação do consenso, sendo que as teorizações sobre este aspecto sempre remetem à figura da boa-fé enquanto princípio de Direito Contratual.

Não obstante a clara importância do consenso enquanto algo que transcende a mera declaração de vontade dos indivíduos, a admissão da fase pré-contratual e

²² Ibid., p. 57.

²³ Id.

²⁴ Conforme relata Antonio Menezes CORDEIRO, “Pode considerar-se que, para Jhering, a *culpa in contrahendo* é um instituto da responsabilidade civil pelo qual, havendo nulidade no contrato, uma das partes, que tenha ou devesse ter conhecimento do óbice, deve indemnizar a outra pelo interesse contratual negativo.” *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 530

de obrigações daí decorrentes, por estarem desvinculadas da vontade das partes, revelar-se-á incompatível com os princípios contratuais “clássicos” e, por conseguinte, também dissonante do pensamento filosófico que serve de esteio a toda teorização moderna do Direito Contratual, do qual passamos a tratar neste momento.

1.2 O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA E SEUS REFLEXOS SOBRE O DIREITO CONTRATUAL

Se, sob certo ponto de vista, o Direito, especificamente na seara contratual, não dedica ao acordo de vontades toda aquela atenção que entendemos ser devida, também não é pouca a importância da figura do consenso, inclusive enquanto ato que inaugura, através da instituição da figura do *Estado*, a vida em sociedade.

Para a teoria contratualista, cujo expoente encontramos em Jean-Jacques Rousseau e que foi iniciada por Hobbes, são os cidadãos que voluntariamente entram em acordo, tendo por objetivo estabelecer a figura do Estado²⁵. Através de uma construção contrafática, os contratualistas concebem um momento anterior ao Estado, o “estado de natureza” no qual todos os indivíduos são *naturalmente livres*, não havendo proteção nenhuma sobre os indivíduos além daquela que a própria força física lhes garante. Então, dispondo dessa *liberdade natural*, os indivíduos entram em acordo e, abrindo mão de parcela de sua liberdade, fundam a figura do Estado, cuja finalidade é resguardar o bem comum²⁶.

Fato curioso é que, em tese, o objetivo do Estado Liberal, ou *État Gendarme*, o primeiro modelo moderno de Estado, e os objetivos do Estado Social, ou *Welfare State*, é rigorosamente o mesmo: o bem comum. A mudança de um modelo para o outro, entretanto, é sensível, uma vez que o fator ideológico que sustenta ambas as

²⁵ “De Hobbes a Spinoza, de Locke a Rousseau, é comum aos filósofos deste período a idéia de que a sociedade nasceu e baseia-se no consenso, no acordo, precisamente no contrato (o “contrato social” de Rousseau) com que os homens se comprometem a abster-se do uso indiscriminado da força nas relações recíprocas renunciando consensualmente a fazer justiça por si próprios.” ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988. p. 29.

²⁶ A principal divergência entre os teóricos do contratualismo reside em como se define o que é conforme o “bem comum”. Se para Hobbes o bem comum deriva da vontade do soberano - o imperador absoluto - para Rousseau, o bem comum é ditado pela lei, elaborada por representantes do povo.

figuras é diametralmente distinta²⁷. Se para o Estado Liberal a “mão invisível do mercado” cuidaria de trazer a desejada riqueza a todos e a função do ente público garantiria o não desequilíbrio do mercado, no Estado Social a questão do bem comum é encarada como algo a ser diretamente promovido pelo ente estatal exigindo intervenção direta deste nas relações entre particulares.

De qualquer modo, importa afirmar que, em sendo o Estado concebido através de um contrato, este Estado retira a sua legitimidade do acordo de vontades que o cria²⁸. Nesse sentido, o Estado apenas pode limitar a liberdade individual na medida do que foi transigido pelos indivíduos quando da fundação do ente público. Em outros termos, o Estado apenas pode interferir naquelas faculdades que os indivíduos transmitiram, a exemplo da autotutela, transmutada na faculdade de poder exigir do poder público que aplique o direito no caso concreto, resguardando o interesse particular.

Assim, temos a sumária divisão entre o *público* - o espaço em que o Estado pode exercer o seu poder soberano - e o *privado*, âmbito no qual o indivíduo é o “soberano”, podendo agir conforme seu alvedrio. As conseqüências jurídicas de tal processo são a cisão entre o Direito Público e o Direito Privado, bem como a supressão do antigo pluralismo jurídico, corrente no medievo, para a implementação do monismo jurídico, em que a única fonte do Direito era a própria Lei, produzida pelo Estado.

No momento faz-se necessário um corte teórico, para que interpretemos a situação não mais através da ótica da teoria do estado, mas da economia política. A formulação da figura do Estado enquanto produto do acordo de vontades se coaduna, em verdade, com situação econômica em que se encontrava o mundo ocidental. A formação da classe burguesa, ainda mercantil, proto-capitalista, tinha como necessidade primordial um mínimo de estabilidade para que, através das sucessivas trocas de mercadorias que empreendia, o mercador pudesse auferir

²⁷ “A ideologia do Estado Social distancia-se daquela outra, do Estado Liberal, sem retalhar as conquistas da liberdade (contratual plena) e da igualdade (formal), todavia funcionalizando-se, para centralizar atenções no próprio ser e não mais no ter, com a introdução de uma cláusula geral de solidariedade social”. NALIN, Paulo. *Do Contrato*. Op. cit., p. 41-42

²⁸ “Ainda sobre o contratualismo, é relevante destacar que, sob inspiração de HOBBS e ROUSSEAU, afirmaram-se direitos individuais, não somente contra o Estado, mas contra todo o sistema de corporação que regesse a atividade profissional. A sociedade tinha que ser constituída por indivíduos por intermédio de um fundamento voluntário, ou seja, contratual.” Ibid. p.106

lucros. Assim, a cisão entre o público e o privado vem, em verdade, garantir que ninguém, nem mesmo o poder público, pudesse se imiscuir no âmbito individual, pois é neste espaço que o mercador tinha a segurança necessária para realizar suas trocas²⁹.

As conseqüências de tal conformação entre economia e Estado tem impacto direto sobre o Direito Contratual, em especial sobre a figura da boa-fé, cujo estudo aprofundaremos adiante. Agora importa perceber que a figura da boa-fé, cuja origem remonta ao Direito Romano no seu período pré-clássico e que sempre esteve, de alguma forma, relacionada com os acordos firmados entre particulares, coloca em risco a previsibilidade exigida pelo burguês na sua atividade mercantil. Não se afigurava, e para alguns até hoje se afigura aceitável uma intervenção jurídica sobre a categoria contratual, através da figura da boa-fé, impondo o que Rosalice Fidalgo Pinheiro denominou de “esvaziamento da boa-fé contratual”³⁰.

Assim a figura do contrato é configurada pelo ordenamento como o instrumento jurídico pelo qual o burguês, através da troca, se apropria de um bem de valor maior do que aquele que possuía antes do escambo³¹. Ainda que no alvorecer da era moderna o desempenho de domínio, na forma de propriedade, sobre os bens passíveis de trânsito jurídico fosse algo de importância capital, o instrumento que efetivamente permite ao capitalista auferir lucro é o contrato, através da dissociação entre o *valor de uso* e o *valor de troca* dos bens que adquire, transforma e aliena.

Portanto, a liberdade entendida pelo pensamento filosófico moderno como intrínseca, natural ao sujeito é empregada para, através de uma cisão da sociedade

²⁹ “...a mentalidade moderna nada mais é do que a mentalidade do mercador: a razão calculadora. Tema da revolução cartesiana, ela conduz o homem de um estado de natureza para um Estado social, pelo mito do contratualismo. Na “mitologia política da modernidade”, o estado de natureza não é um dado histórico, mas da razão. Por conseguinte, nada mais natural do que a propriedade, o contrato desigual e o trabalho assalariado, instituições básicas do capitalismo, que se tornaram imunes à intervenção de tudo que seja artificial: o Estado.” PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O percurso teórico da boa-fé e sua recepção jurisprudencial no direito brasileiro*. Curitiba: UFPR, 2004. p. 59.

³⁰ “Nessa perspectiva, a burguesia elege o espaço privilegiado de suas relações jurídicas. Tomado por uma clara delimitação que opõe ao público privado, sua liberdade negocial é exercida “livre” e “ilimitadamente”, apartada de toda intervenção estatal, que, sob a égide da interpretação positivista, justificaria o esvaziamento da boa-fé contratual.” *Ibid.*, p. 93.

³¹ “Pelo papel que desempenha, o mecanismo da liberdade contratual configura, de facto, um instrumento funcionalizado para o operar do modo de produção capitalista, e, neste sentido, realiza institucionalmente o interesse da classe capitalista.” ROPPO, Enzo. *O contrato*. Op. cit., p. 39

em dimensão pública e dimensão privada, viabilizar o uso desta mesma liberdade³². O “estado de natureza”, agora circunscrito de forma externa pelo poder público, transmuta-se em espaço para o exercício da liberdade do sujeito, dimensão esta identificada com a noção de *autonomia do sujeito*. Desta noção derivam os conceitos de *autonomia da vontade* e *autonomia privada*, distintos entre si.

Clóvis do Couto e Silva (1976, p. 17), em sua clássica obra “Obrigação como processo”, conceitua a *autonomia da vontade*, a saber:

Entende-se por autonomia da vontade, a “facultas”, a possibilidade, embora não ilimitada, que possuem os particulares para resolver seus conflitos de interesses, criar associações, efetuar o escambo dos bens e dinamizar, enfim, a vida em sociedade. Para a realização desses objetivos, as pessoas vinculam-se, e vinculam-se juridicamente, através de sua vontade.

Assim, a autonomia da vontade é o atributo pelo qual o sujeito, por seu impulso volitivo, pratica atos aos quais se reputam efeitos jurídicos. Entretanto, distingue-se tal faculdade do poder do indivíduo de instituir, para si próprio, um conjunto de normas jurídicas que regulam seu próprio comportamento³³. A esta faculdade, dá-se o nome de *autonomia privada*, faculdade esta cingida, ainda que externamente, pelo ordenamento jurídico, conforme esclarece Paulo Nalin (2006, v. 2, p. 27):

Nessa ordem de idéias, a autonomia privada seria um “...*potere pré-giuridico, non concesso nè delegato de una fonte superiore*”. “*Privata, non soltanto perchè spetta ai singoli, ma perchè non discende delle norme del diritto statale*”. O aparente entendimento sobre a natureza não estatal da autonomia privada pode acabar por remeter o intérprete ao jogo do ilimitado exercício das autonomias, caso não seja a relação uma das hipóteses qualificadas ou reconhecidas pelo Direito.

Assim, no exercício da sua autonomia privada, não pode o sujeito estabelecer, seja a si mesmo, seja a outros, deveres que sejam ofensivos às finalidades para a qual a ordem jurídica foi instituída. Não fosse assim, o espaço de liberdade garantido aos indivíduos perderia o seu sentido; seria tão somente uma arena, na qual os particulares comportar-se-iam como se ainda estivessem – na visão dos contratualistas – em pleno “estado de natureza”. É dessa ordem de

³² “Ao Estado cabia somente a fiscalização dos atos praticados pelos indivíduos, objetivando preservar tais direitos subjetivos plenos, não cabendo a intervenção nesta seara individual.” NALIN, Paulo. *Do Contrato*. Op. cit., p. 107

³³ AMARAL, Francisco. *Direito Civil*. Op. cit., p. 347

raciocínio que se orienta o entendimento esposado pela doutrina do “Direito Civil-Constitucional”, que considera inadmissível o exercício de liberdades individuais que venha a ofender os princípios estabelecidos no texto constitucional³⁴.

Não obstante esta mudança de perspectiva, qual seja, a subordinação da vontade do particular ao ato que funda a entidade estatal – a Constituição – percebe-se que o fundamento, a essência de todas as categorias jurídicas foi e continua sendo a vontade³⁵, seja a vontade do indivíduo, que contrata e dispõe livremente de seus bens, seja o próprio poder público, que retira sua legitimidade do texto constitucional, que representa a vontade de toda a coletividade.

Assim, a categoria da vontade individual adquire, como já tivemos a oportunidade de ressaltar, relevância ímpar no âmbito do Direito Contratual, uma vez que é através da autonomia privada que o indivíduo, manifestando sua vontade, celebra contratos. Em Direito Contratual, a categoria da autonomia privada adquire caráter de valor, o qual se manifesta através de certos princípios específicos, mas derivados diretamente da idéia de autonomia da vontade. Cumpre examinarmos agora suas implicações especificamente no Direito Contratual, nomeadamente os princípios da liberdade contratual, da obrigatoriedade dos efeitos do contrato – *pacta sunt servanda* - e da relatividade dos efeitos do contrato – *res inter alios acta neque nocet neque prodest*³⁶.

A doutrina aponta como princípio fundamental do Direito Contratual o princípio da liberdade contratual. Sendo uma particularização da idéia de autonomia da vontade, o princípio da liberdade contratual abrangeria três distintas dimensões: a liberdade de contrair, a liberdade de estipular e a liberdade de determinar o conteúdo do contrato³⁷. Daí deriva a distinção fundamental entre o Direito Contratual e os direitos reais. Enquanto a categoria dos direitos reais está adstrita aos tipos

³⁴ “...o princípio da liberdade e da livre iniciativa jamais podem ser colocados à margem da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social, visto que a liberdade é encarada enquanto princípio fundamental da ordem econômica, perseguidora do desenvolvimento da personalidade humana.” NALIN, Paulo. *Do Contrato*. Op. cit., p. 87

³⁵ “...voluntarismo e liberalismo acham-se profundamente arraigados ao individualismo: a vontade é a primeira das liberdades individuais, o dogma que passa a figurar como essência de todas as categorias jurídicas”. PINHEIRO, Rosalice. *O percurso teórico da boa-fé...* Op. cit., p. 100

³⁶ “Liberdade contratual, obrigatoriedade do contrato e relatividade do contrato ou relatividade dos efeitos do contrato formavam e ainda constituem, no modelo o Código Civil brasileiro, o tripé principiológico de sustentação do contrato moderno”. NALIN, Paulo. *Do Contrato*. Op. cit., p. 110

³⁷ GOMES, Orlando. *Contratos*. Op. cit., p. 22

taxativamente elencados pela lei, os indivíduos podem estipular livremente qual será o conteúdo do contrato, desde que não vedado pelo ordenamento vigente³⁸.

A idéia de liberdade contratual acaba por pressupor a igualdade de condições entre os contratantes os quais teoricamente *livres e iguais* estipulariam para si o que fosse melhor para ambas as partes, o que redundaria, segundo a racionalidade moderna, num contrato essencialmente justo, uma vez que a iniquidade não seria admitida por pelo menos uma das partes contratantes. Essa concepção pode ser resumida na célebre frase de Fouillée “*qui dit contractuel dit juste*”³⁹.

Outra implicação da autonomia privada no âmbito do Direito Contratual diz respeito à noção de obrigatoriedade dos efeitos do contrato. Já mencionamos que a forma de organização econômica inaugurada pelo capitalismo mercantil exigia que os pactos fossem rigorosamente cumpridos da forma que haviam sido inicialmente predispostos pelos seus partícipes. A reclamada segurança jurídica reclamada pelas partes se traduziu, no âmbito do Direito Contratual, no princípio da obrigatoriedade dos efeitos do contrato, enunciado pelo conhecido brocardo jurídico *pacta sunt servanda*.

Tão forte é esta necessidade do mercado por segurança jurídica que a doutrina não hesita em comparar o contrato com a Lei⁴⁰; uma vez pactuado, o contrato deveria ser levado até o fim, sendo que a única força capaz de dar fim à existência de um contrato era a mesma força que havia gerado tal contrato – a vontade dos contratantes, exercida através da autonomia privada que o ordenamento jurídico lhes confere. A força desta idéia é de tal magnitude que consta em um dos mais importantes diplomas legais do Direito Civil, o Código Civil Francês

³⁸ “As partes podem organizar como lhes aprouver o conteúdo do negócio jurídico, e não estão vinculadas, como ocorre com os direitos reais a um “*numerus clausus*”. COUTO e SILVA. *Obrigações como processo*. São Paulo: José Bushatsky, 1976. p.22

³⁹ “Fouillée podia resumir a concepção reinante dizendo, em expressão que ficou célebre, que toda justiça é contratual e que quem diz contratual, diz justo (“*toute justice est contractuelle; qui dit contractuel, dit juste*”).” NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus Princípios Fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 65

⁴⁰ “Em se tratando de lei, vigorava a vontade do legislador e, no respeitante aos atos jurídicos, o princípio também era o que correspondia àquela posição, o da vontade das partes.” COUTO e SILVA, Clóvis do. *Obrigações como processo*. Op. cit., p.131

de 1808, que em seu artigo 1134 estabelece expressamente que “o contrato tem força de lei entre aqueles que o celebraram”⁴¹.

Tal necessidade cresce conforme a atividade econômica exige um fator de previsibilidade. Na medida em que o sistema capitalista, originalmente mercantil, passando por um modelo industrial de produção de bens, atualmente em processo de transformação para um sistema fundado no capitalismo financeiro, de trânsito de valores, em que o direito subjetivo essencial sobre o sistema trabalha está deixando de ser o direito real de propriedade para se transmutar no direito pessoal de crédito, o fator da segurança adquire importância capital no sistema econômico.

O reflexo disso é uma gradual dogmatização da figura do contrato, que se torna cada vez mais absoluto e indiscutível. A leitura que se fazia do contrato no Direito Civil pátrio, até a edição do Código Civil de 2002, era extremamente dogmatizada,⁴² quando não, draconiana.

Esta concepção monolítica do contrato, cujo conteúdo era praticamente intangível por ter em conta o princípio da obrigatoriedade dos contratos, fez surtir seus efeitos sobre a figura da boa-fé no Direito Contratual. Uma vez que qualquer interferência sobre o conteúdo do contrato após o seu aperfeiçoamento colocava em grave risco a perspectiva de lucro sobre aquele negócio, a boa-fé, na corrente de pensamento da exegese, adquiriu contornos de reforço à obrigatoriedade das convenções⁴³, através da identificação da figura da boa-fé com a idéia de lealdade em razão da palavra empenhada.

O terceiro princípio que deriva da noção de autonomia privada é a idéia da relatividade dos efeitos do contrato. Tendo em conta ser central o elemento volitivo

⁴¹ “Article 1134 : Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi” (Tradução livre: As convenções legalmente formadas têm força de lei para aqueles que o celebraram. Eles apenas podem ser revogados pelo consentimento mútuo ou pelas causas que a lei autoriza. Eles devem ser executados de boa-fé.)

⁴² Paulo NALIN, ao fazer referência ao código civil de 1916, assevera que “...o Código Civil, enquanto espinha dorsal do sistema privado nacional, traz um modelo realmente absoluto de contrato, sempre fundado na manifestação dogmática da vontade dos contratantes.” *Do Contrato*. Op. cit., p. 77

⁴³ É o entendimento exarado por Rosalice Fidalgo PINHEIRO quanto à figura da boa-fé contratual na escola da exegese. “Na pretensão de repelir quaisquer limitações de caráter positivo, atentando contra a rígida separação entre Estado e sociedade, a boa-fé é moldada pela Exegese como verdadeiro reforço à obrigatoriedade das convenções livremente pactuadas.” *O percurso teórico da boa-fé...* Op. cit., p.111-112

no âmbito do Direito Contratual, a vontade exarada guarda relação apenas com aquele que a manifesta, não podendo vincular terceiros. A única forma de uma manifestação de vontade vincular outro que não o seu emissor é através da manifestação de vontade daquele a ser afetado, o que nos reconduz à máxima que a vontade manifestada apenas compromete aquele que a manifestou.

Entretanto, a figura do contrato moderno e os seus princípios norteadores – liberdade contratual, obrigatoriedade dos efeitos contratuais e a relatividade dos efeitos do contrato – começam a ser sucessivamente questionadas pela doutrina contemporânea. Fenômeno que se deu em virtude das vicissitudes atravessadas pelo sistema econômico desde a época da formulação doutrinária dos diferentes aspectos da autonomia privada, mudanças das quais se destaca, por sua importância, a massificação das relações contratuais^{44,45}. Tais mudanças no âmbito do Direito Contratual apenas recentemente se fizeram necessárias, uma vez que, ao contrário de outras dimensões da vida civil, como a família ou os direitos reais, os conceitos elaborados pelo pensamento novecentista para o contrato conseguiram ainda atender as necessidades da economia. Apenas com a massificação das relações contratuais é que certas verdades estabelecidas começaram a ser colocadas em questão⁴⁶.

1. 2. 1 A relativização dos princípios clássicos do Direito Contratual

A primeira relativização quanto aos princípios jurídicos que regem a figura do contrato, parte da verificação empírica de que a idéia de que “todo o contrato é justo”

⁴⁴ “À primeira vista, essa posição dos juristas (continuar apegado ao princípio da autonomia da vontade) poderia parecer puro e simples conservadorismo. Não era, porém. É que o contrato tradicional ainda continuou, por algum tempo mais, atendendo satisfatoriamente as necessidades sociais. Só quando o fenômeno da *massificação* chegou ao campo jurídico é que se sentiu a necessidade de rever concepções, como passamos a ver.” NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. Op. cit., p. 69

⁴⁵ “Com a massificação dos contratos, ao menos um dos três pressupostos não estava presente, quando não todos os três, resultando na celebração de um contrato celebrado sem liberdade contratual (material), em que pese uma sempre possibilidade de se aderir, incondicionalmente, à proposta alheia.” NALIN, Paulo. *Do Contrato*. Op. cit., p. 110

⁴⁶ “O contrato paritário ou bilateral, baseado na plena e irrestrita liberdade contratual, nem de longe se assemelha às modalidades contemporâneas de contratação, dentre as quais destaco: Contrato coativo ou obrigatório, Contrato necessário, Contrato-tipo, Contrato de Adesão”. *Ibid.*, p. 114-115

é falsa. Isto porque os indivíduos são materialmente desiguais entre si, ainda que tomados como iguais perante a lei. Tal desigualdade, no ambiente contratual, redundava em opressão do contratante mais forte sobre aquele que é mais fraco⁴⁷. A liberdade exercida de forma desenfreada acaba por sujeitar o hipossuficiente a tal ponto que este deixa de ser um sujeito na relação contratual, uma vez que sempre submetido à vontade da outra parte. Frise-se que tal sujeição coloca em risco o próprio ambiente contratual, uma vez que não se estabelece o que podemos chamar de consenso, mas apenas uma aparência deste, um pseudo-consenso⁴⁸.

A forma pela qual o direito conseguiu contornar tal problemática foi através da formulação de diversos regimes contratuais, específicos para certos tipos de contratos tendo em conta a natureza das partes envolvidas. O regime do Direito Trabalhista é o exemplo mais contundente de tal pluralidade de regimes jurídicos contratuais, mas existem outros, como o regime consumerista, o regime dos contratos empresariais e dos contratos administrativos, estabelecidos entre a administração pública os particulares. A consequência desta pluralidade de regimes contratuais distintos do clássico contrato paritário é a intromissão do poder público no âmbito da liberdade contratual dos indivíduos, intromissão esta cada vez mais frequente⁴⁹.

No mesmo sentido, surgem intervenções do poder público no sentido de estabelecer a certa parte verdadeira obrigação de contratar⁵⁰, tendo em conta a imprescindibilidade de certos bens à sociedade, a exemplo das empresas públicas

⁴⁷ “Manifestamente, o culto pela liberdade estava levando a consequências inadmissíveis. A liberdade sem freios estava esmagando outros valores humanos tão fundamentais como ela própria. O protesto do Padre Lacordaire ressoava nas consciências: *Entre le fort et le faible c’est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit*, entre o forte e o fraco, é a liberdade que oprime, e a lei que liberta!” NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. Op. cit., p. 66

⁴⁸ “A exploração desarcebada, pelo liberalismo clássico, do exercício da autonomia da vontade (liberdade contratual), entra em processo autofágico.” NALIN, Paulo. *Do Contrato*. Op. cit., p. 109

⁴⁹ “Em que pese parcela da doutrina ainda encarar a autonomia da vontade como espaço de resistência do indivíduo contra a intromissão do Estado, o entendimento predominante indica o sentido do Estado Social comprometido com a realização dos interesses da pessoa.” NALIN, Paulo. *A autonomia privada na legalidade constitucional*. In: NALIN, Paulo (Org.) *Contrato & Sociedade – princípios de direito contratual*. Curitiba: Juruá, 2006. v. 2, p. 21

⁵⁰ “A liberdade absoluta de contratar, sem legislação marginal ao mercado, que harmonizasse as forças econômicas em litígio, ocasionou, nos países altamente industrializados, profundas restrições ao princípio da autonomia da vontade. Os particulares se viam não só forçados a não poder escolher com quem contratar – “organizationzwang”- como igualmente se lhes impossibilitava o diálogo a respeito do conteúdo do contrato.” COUTO e SILVA, Clóvis do. *Obrigação como processo*. Op. cit., p. 25

que prestam serviços básicos à população, como o fornecimento de água e de energia elétrica.

Outra dimensão da mesma problemática é a intangibilidade do conteúdo do contrato ante circunstâncias supervenientes que tornam a execução do contrato extremamente gravosa para uma das partes. É então concebida a possibilidade da revisão do conteúdo do contrato para que se restabeleça o equilíbrio na relação, possibilidade esta criada pela figura da cláusula *rebus sic stantibus*, que permite a intervenção no conteúdo do contrato no sentido do seu reequilíbrio. O contrato que se torna excessivamente oneroso a um dos contratantes perde completamente o seu sentido, distribuindo desigualdade ao invés de promover o bem comum.

É na radicalização dessa perspectiva que se estabelece a funcionalização⁵¹ dos institutos jurídicos, entre eles o contrato, ao qual a doutrina condiciona o exercício da liberdade contratual. Em breve resumo, admite-se o exercício da liberdade contratual na medida em que esta cumpre com a sua *função social*⁵². Melhor definição pode ser apreciada na obra *Do Contrato: conceito pós-moderno*, de Paulo Nalin (2001, p. 226), cujo teor reproduzimos:

No meu pensar, divide-se a função social em **intrínseca** e **extrínseca**.

A primeira – **intrínseca** – é relativa à observância de princípios novos ou redescritos, (...) pelos titulares contratantes, todos decorrentes da grande cláusula constitucional de solidariedade, em que haja um imediato questionamento acerca do princípio da relatividade dos contratos...

Seu perfil **extrínseco** (fim coletividade), por sua vez, rompe com o aludido princípio da relatividade dos efeitos do contrato, preocupando-se mais com suas repercussões no largo campo das relações sociais pois o contrato em tal desenho passa a interessar a titulares outros que não só aqueles imediatamente envolvidos na relação jurídica de crédito.

Perceba-se que a perspectiva de funcionalizar a relação contratual vai em direção a um rompimento com aqueles antigos pressupostos sobre o qual se

⁵¹ “A funcionalização dos institutos da propriedade e, também, do contrato, surge, portanto, neste novo modelo de Estado de Direito, agora adjetivado como social, notadamente, pela experiência europeia de WEIMAR, ao determinar o uso menos egoístico da propriedade e da autonomia privada, tornando-o mais solidário.” NALIN, Paulo. *Do Contrato*. Op. cit., p. 219

⁵² “Porém, na realidade civil brasileira, o Código Civil (1916) se pauta, na matéria contratual, ainda e exclusivamente, pelo dogma da vontade, ao passo que a Carta Constitucional somente autoriza a livre iniciativa enquanto funcionalizada pela justiça social.” *Ibid.*, p. 95

construiu a categoria de contrato, especificamente o princípio da relatividade dos efeitos do contrato; uma vez que se reconhece dimensão social ao contrato, seus efeitos não se restringem mais entre as partes.

Em suma, a categoria contratual acaba por exigir a sua reconceituação, na medida em que a definição tradicional de contrato não consegue mais suprir as demandas inexistentes ao alvorecer da era moderna. Ciente de tal estado de coisas, Paulo Nalin buscou reescrever a figura do contrato, tendo como premissa a decadência da perspectiva voluntarista do contrato⁵³ e refazendo sua leitura a partir dos valores fundamentais à sociedade, elencados no texto constitucional⁵⁴.

Não obstante os esforços empreendidos pela doutrina neste árduo trabalho que é a redefinição da figura do contrato, tal desiderato se encontra apenas iniciado, longe de uma conclusão satisfatória. O que efetivamente temos são uma série de mitigações dos clássicos princípios contratuais que colocam a categoria do contrato em uma profunda crise, uma vez que tais mitigações têm caráter externo ao conceito do contrato, e são, em boa medida, uma tentativa de reformar o contrato como conceituado no início da era moderna, restando incólumes os fundamentos filosóficos sobre o qual o contrato é pensado.

Exemplo disso é a própria figura do princípio da boa-fé contratual, a ser estudado adiante, ao qual a doutrina contemporânea reputa uma série de funções que não se coadunam com a noção moderna de contrato⁵⁵ e que exigem uma reformulação de tal noção, não ao nível de seus elementos ou então de seus princípios, mas uma reformulação que envolva também os pressupostos filosóficos de tal categoria. Procederemos então à análise do pensamento que serve de esteio para toda a construção teórica do Direito Contratual.

⁵³ “Em outras palavras: o novo conceito de contrato que será anotado, decorre da constatação histórico-política decadente do conceito voluntarista, total e absoluto, inserido no ordenamento privado nacional e da leitura do contrato, à luz da constituição.” Ibid., p. 27.

⁵⁴ A conclusão a que chega o autor é a de que o **“Contrato, hoje, é relação complexa solidária”, “...sendo o contrato interprivado a relação jurídica subjetiva, nucleada na solidariedade constitucional, destinada à produção de efeitos jurídicos existenciais e patrimoniais, não só entre os titulares subjetivos da relação, como também perante terceiros...”**. Ibid., p. 255.

⁵⁵ “A mitificação de uma vontade autônoma, pretensamente destituída de limites, senão negativos, concebe na boa-fé objetiva a imposição de deveres indevidos aos contraentes, uma vez que não previstos pelo livre consenso” PINHEIRO, Rosalice. *O percurso teórico da boa-fé...* Op. cit., p. 111

1.3 OS FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DO CONTRATO MODERNO

A toda esta estrutura normativa que denominamos Direito Contratual, estrutura que buscamos resumidamente esboçar através de seus elementos mais relevantes, corresponde uma concepção filosófica que a fundamenta racionalmente. À época da formulação do conceito moderno de contrato correspondiam entre si, formando um todo coerente, uma corrente da ciência política – o contratualismo –; uma forma específica de Estado – o Estado liberal –; um sistema econômico característico – o capitalismo mercantil. É o pensamento filosófico que cumpre a função de cenário por trás desses sistemas da vida social – economia, política, direito.

No caso do Direito Contratual moderno, não hesitamos em afirmar categoricamente que lhe corresponde o pensamento filosófico fundado no *paradigma da consciência*, cujo expoente maior podemos encontrar na figura de Emmanuel Kant. É na perspectiva iluminista, que posiciona a razão humana como o centro do universo, que Kant sistematiza todo o pensamento filosófico que o precedeu, tendo como ponto de partida o *cogito* cartesiano.

Grosso modo, o pensamento segundo o paradigma da consciência coloca a figura do homem racional como premissa a partir da qual todas as outras categorias do saber são descritas. Rompendo definitivamente com o pensamento do medievo, que buscava explicar as demais categorias do saber a partir do divino, Kant concebe o homem enquanto ser *autônomo* em virtude da sua racionalidade⁵⁶. É a razão humana o instrumento apto a concatenar todas as demais áreas do saber.

Na medida em que é o homem, enquanto ser racional, que figura no centro, é a partir da vontade dele que se estabelecem as prescrições de conduta, sejam os mandamentos *morais*, sejam as normas jurídicas. Tributa-se a Kant a separação entre a moral e o direito, separação esta que tem um papel impar na sua teoria. Entretanto, tendo em conta a finalidade do presente estudo, nos deteremos apenas sobre os aspectos concernentes diretamente ao direito.

⁵⁶ “Kant radicaliza a Idade das Luzes e vai além: inaugura no homem e em sua vontade, o fundamento do dever ser, tornando-o legislador e sujeito de si mesmo, erigindo-o como um ser autônomo...” Ibid., p. 64.

O papel do direito, no pensamento moderno, é o de garantir com que os indivíduos possam exercer a sua autonomia⁵⁷ uma vez que, em sendo racionais, seus atos seriam sempre no sentido de estabelecer o melhor para si e para os outros. É este otimismo na figura da razão que a estabelece como centro de qualquer teorização, bem como é a razão - que se manifesta no direito através da autonomia do sujeito⁵⁸ - se torna a “fonte de legitimidade de qualquer proposição assertória”⁵⁹.

É em consonância com esta concepção filosófica que é sistematizado todo o Direito, incluindo aí o Direito Contratual. Sendo o homem, enquanto ser naturalmente racional, o centro a partir do qual se estabelecem as proposições assertórias, a exemplo das normas jurídicas, as normas jurídicas apenas são legítimas se estabelecidas com fundamento na vontade humana; qualquer norma que se imponha em face da vontade humana é tida como ilegítima, não podendo ser aplicada. É com clareza que Paulo Nalin (2003, p. 6) aponta que “Os marcos filosóficos da teoria no negócio jurídico residem na liberdade formal, baseados na visão de um sujeito livre e formalmente igual a todos os outros, hábil a poder ascender de classe social”.

Assim, nos contratos, apenas a vontade das partes teria força para estabelecer uma conduta humana a ser observada pelos contratantes⁶⁰, enquanto quaisquer restrições externas, a exemplo das já mencionadas relativizações aos

⁵⁷ “Kant vê o Direito como mecanismo social de garantir o livre arbítrio humano com a liberdade, definida a partir de uma lei universal, o que plasmava o caráter ético da correção no Direito.” CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Habermas e o direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris. 2006. p.33

⁵⁸ “Importante salientar a relevância do conceitualismo piramidal do sistema da pandecta, particularmente fundado o conceito de direito subjetivo, que exprime o princípio da autonomia da vontade. De acordo com KANT, a autonomia seria o princípio supremo da moralidade, ou, mais amplamente, segundo MENGONI concebia ela a ordem social como resultado natural do livre encontro das forças individuais sobre o mercado, baseada em estruturas simples e relativamente estáveis, postas em ordem de princípios jurídicos – propriedade, liberdade contratual e liberdade de trabalho – compostos de valores imutáveis.” NALIN, Paulo. *Do Contrato*. Op. cit., p. 70

⁵⁹ “O paradigma da consciência refletiria uma verdadeira onipotência da reflexão, na qual a racionalidade subjetiva do homem seria capaz de, não apenas conhecer o universo, mas também ser a fonte de legitimidade de qualquer proposição assertória.” CRUZ, Álvaro R. de Souza. *Habermas e o direito brasileiro*. Op. cit., p. 59

⁶⁰ “Era em harmonia com a exaltação kantiana da vontade criadora do homem (...) que Plainiol, ao publicar, em 1899, o seu *Traité élémentaire de droit civil*, proclamava que, “no contrato, a vontade das partes forma a obrigação, é ela que é a força criadora, o legislador não intervém senão para sancionar a vontade das partes”. NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. Op. cit., p. 65

princípios clássicos do Direito Contratual, têm caráter autoritário, uma vez que representa uma ingerência do poder público no âmbito das relações privadas.

O fator preocupante é que foi a partir dessas premissas que se sistematizou todo o nosso ordenamento jurídico vigente, bem como é este o pensamento que fundamenta a prática jurisdicional hodierna e que, em boa medida, ainda guia a maior parte da doutrina. Como bem observado por Clóvis do Couto e Silva (1976, p.131), a Ciência do Direito ainda não “libertou-se dos postulados que nos legou o século precedente e está como que jungida ao princípio da autonomia, ao ponto até de pervertê-lo, pois tudo se procura deduzir de uma vontade”. No seu entendimento, ainda que a vontade seja, no Direito Privado, a fonte principal dos direitos e das obrigações, não é a única.⁶¹ No âmbito do Direito Contratual, além da vontade, há também a boa-fé.

⁶¹ “Certo, como já se frisou neste trabalho, a vontade é a principal fonte de direitos e obrigações, mas não a única.” COUTO e SILVA, Clóvis de. *Obrigação como processo*. Op. cit., p.131

2 O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ CONTRATUAL

No capítulo anterior, definimos a noção clássica de contrato, apontamos algumas das relativizações dos princípios norteadores do Direito dos Contratos e também buscamos examinar qual a corrente do pensamento filosófico que serve de esteio ao conceito moderno de contrato. Passemos, agora, ao exame da boa-fé contratual.

Deliberadamente deixamos para examinar neste momento o papel da Boa-fé contratual por duas razões: por ser a boa-fé uma categoria dotada de grande complexidade, reclamando exame especial, e por entendermos que o princípio da boa-fé, da forma como ele é concebido atualmente, rompe de forma radical com a noção novecentista de contrato, tão radicalmente, que impõe uma reformulação que leve em conta não apenas os princípios norteadores do Direito Contratual, mas a própria racionalidade que lhe deu origem.

Cumpramos antes procedermos a uma breve incursão histórica sobre a figura da boa-fé contratual. A boa-fé tem origem na noção romana de *bona fides*, figura que Antonio Menezes Cordeiro (2001, p. 41) classificou como “noção vaga, carregada de história, rica em implicações emotivas e objecto de utilização alargada, embora de contornos pouco conhecidos, ela presta-se, por excelência, a desenvolvimentos verbais, numa aporética dominada por uma linguagem grandiloqüente e vazia de conteúdo”. Em razão disso, a boa-fé, desde o período clássico do Direito Romano até hoje, absorveu inúmeras idéias que foram se adicionando à noção primitiva. Dessas, apontaremos as duas mais relevantes.

A primeira noção que se atribuía à boa-fé cumpria, ainda no Direito Romano, era a de servir como baliza interpretativa dos pactos celebrados entre os indivíduos, supondo que ambas as partes estivessem agindo de forma honesta. Entretanto, através de um processo que Antonio Menezes Cordeiro caracteriza como “vulgarização”, a boa-fé começa a ser empregada para caracterizar a situação daquele que age na ignorância de estar agredindo direito alheio, especialmente para caracterizar o estado de espírito daquele que ignora estar possuindo bem que efetivamente não é de seu domínio. Dessa vulgarização da noção de boa-fé, que

começa a ser empregada para caracterizar algo que originalmente não se concebia, surgiu a distinção contemporânea entre *boa-fé objetiva* e *boa-fé subjetiva*. Esta, até os dias atuais, caracteriza um estado de espírito daquele que age sem saber que fere direito subjetivo alheio, enquanto aquela se traduz em um modelo de conduta a qual os indivíduos estão adstritos; no viés subjetivo, o indivíduo *age de boa-fé*, enquanto segundo o viés objetivo, o indivíduo *age conforme a boa-fé*.

A segunda noção que aderiu à figura da boa-fé é a da *aequitas*, traduzível para a noção contemporânea de equidade. Esta noção, conforme o seu uso no direito romano no período pós-clássico, confundiu-se com a noção de *bona fides* (CORDEIRO, 2001, p. 124-127), sendo que até hoje a noção de boa-fé remete também à noção de equidade, conforme iremos apreciar adiante de forma mais minuciosa.

A boa-fé continua a desempenhar papel importante em relação aos contratos até o início da era moderna. À época do movimento de codificação, a vontade se torna o valor jurídico que ocupa o centro do sistema, suprimindo ao extremo outros valores que pudessem cercear a liberdade do indivíduo, como é o caso da boa-fé em seu viés objetivo. O resultado é o atrofiamento da figura da boa-fé¹, relegada apenas ao papel de identificar o estado de espírito daquele que possuía um bem sem saber que está agredindo direito alheio.

Tal posicionamento refratário ante a figura da boa-fé objetiva foi mais intenso no direito francês. A boa-fé, em seu viés objetivo, ressurgiu no direito moderno através das decisões de um tribunal superior de apelação comercial alemão, o *Oag Lübeck*², em que pese a falta de cientificidade no uso jurisprudencial da boa-fé à época³.

¹ “No âmbito da codificação oitocentista, a “hipertrofia” da autonomia da vontade gerava verdadeira “atrofia” da boa-fé. Doutrina e jurisprudência uniam-se na tarefa de minimizar seus contornos, reduzidos à estreita confirmação da intenção das partes. Nestes termos subjetivada, a boa-fé era destituída de qualquer sentido de “dever de cooperação”, relegando ao reino da vontade individual a primazia dos valores patrimoniais”. PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O percurso teórico da boa-fé e sua recepção jurisprudencial no direito brasileiro*. Curitiba: UFPR, 2004. p. 294

² “As decisões do *Oag Lübeck* valem-se de referências vagas, subsistindo por vezes o termo *bona fides*, e restando a boa-fé como princípio não expresso, reforçado pelo silêncio do Código Comercial de 1861.” *Ibid.*, p. 121.

³ Sobre os primeiros precedentes jurisprudenciais modernos de aplicação da boa fé nas relações contratuais, ver CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 314-323

Conforme a figura do estado moderno foi migrando de um Estado - polícia para o Estado - providência, a boa-fé começou a adquirir caráter de princípio voltado para um *dirigismo contratual*⁴, regulando as relações entre os particulares de forma a garantir um mínimo de equidade, buscando, com isso, resguardar o próprio ambiente contratual – o mercado. Esta perspectiva da boa-fé enquanto incidente nas relações contratuais surge no direito brasileiro, de forma incontestada⁵, com o Código de Defesa do Consumidor, especificamente no seu artigo 51, inciso IV^{6,7}, diferenciando as figuras da boa-fé e da equidade, na seção referente à cláusulas abusivas.

A entrada da boa-fé, na sua acepção objetiva, no Direito Contratual pátrio, através da legislação consumerista, redundou em importantes conseqüências para a doutrina e jurisprudência. Não obstante o próprio dispositivo legal diferenciar as figuras da boa-fé e equidade, a jurisprudência pátria começou a aplicar a boa-fé *apenas* em relações regidas pelo regime contratual consumerista; quando muito, aplicava-a analogamente às outras relações contratuais marcadas pela hipossuficiência ou iniquidade.

Mesmo com a inserção da boa-fé no regime geral dos contratos, através dos artigos 113, 187 e 422 do Código Civil de 2002, vozes autorizadas na doutrina pátria ainda distinguem a intensidade da incidência do princípio, atenuando a incidência do princípio em razão do grau de iniquidade da relação contratual no caso concreto, fenômeno ainda mais marcante na jurisprudência. Se, por um lado, a boa-fé efetivamente demanda tratamento distinto em razão da relação contratual sobre a qual incide, por outro lado, não se pode admitir uma não-aplicação do princípio da boa-fé em certas relações contratuais por ausente a hipossuficiência. A boa-fé é

⁴ “...a boa-fé liberta-se do esquecimento no qual esteve submergida, e projeta uma mudança radical no direito das obrigações codificado, que se caracteriza pela antítese dos fatores que subjulgavam suas potencialidades: o “recoo perante o formalismo” e a afirmação do solidarismo.” PINHEIRO, Rosalice. *O percurso teórico da boa-fé...* Op. cit., p. 175

⁵ No antigo Código Comercial havia uma previsão sobre a boa-fé nos contratos mercantis, previsão que teve um impacto praticamente nulo na doutrina e na jurisprudência.

⁶ “O CDC pode, até mesmo, servir de referencial histórico nesse processo de ruptura e início de uma nova proposta de Teoria Geral dos Contratos, mostrando ao intérprete a viabilidade, ou melhor, a imperatividade de ser implementado um sistema de contratos não nucleado no dogma da vontade, mas sim, na boa-fé (objetiva), sem que, no entanto, ocupe o papel central e paradigmático destinado à Constituição.” NALIN, Paulo. *Do Contrato: conceito pós-moderno: em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. Curitiba: Juruá, 2001. p.129

⁷ Ver RIBEIRO, Joaquim de Souza. *O controle no conteúdo dos contratos: uma nova dimensão da boa fé*. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Universidade Federal do Paraná. Programa de Pós-Graduação em Direito. Curitiba: SER/UFPR, 2004. p. 27

uma só, se os regimes contratuais diversos reclamam adaptação, tal não autoriza a atenuar/suprimir a incidência da boa-fé sobre certos grupos de relações.

Não obstante, hodiernamente, a noção da boa-fé se encontra indiscutivelmente inserta no Direito Contratual como um todo⁸, integrando o grupo de princípios concernentes aos contratos e reclamando sua apreciação *independentemente* do tipo de relação contratual. É a percepção ímpar do civilista Orlando Gomes (2004, p. 128), versando sobre a função social da propriedade enquanto estrutural à propriedade e traçando um paralelo com a boa-fé contratual, que nos autoriza a entender a boa-fé como princípio geral do Direito Contratual, *in verbis*:

A resposta segundo a qual a função social da propriedade é antes uma concepção com eficácia autônoma e incidência direta no próprio direito consente elevá-la à dignidade de um princípio que deve ser observado pelo intérprete, tal como sucede em outros campos do Direito Civil, como o princípio da boa-fé nos contratos.

Convém agora tratarmos de conferir melhor clareza à noção da boa-fé enquanto princípio geral aos contratos. É de Clóvis do Couto e Silva (1976, p. 29) a noção mais sintética do princípio: “O dever que promana da concreção do princípio da boa fé é dever de consideração para com o “alter”. Com efeito, se tentarmos resumir a noção de boa-fé no direito dos contratos a uma noção, esta seria a de *consideração para com a outra parte*. Ainda assim, tal noção restaria extremamente vaga, portanto, inaplicável. É de origem alemã a noção de boa-fé de caráter mais analítico. No direito alemão, a figura da boa-fé figura, através da expressão *Treu und Glauben*, cuja tradução é sempre desafiadora, redonda nas idéias de *Lealdade* e *Confiança*⁹. Apartando-se a noção de equidade, sempre implícita, a boa-fé figura no direito contratual como uma fonte de deveres aos contraentes tendo em vista que a relação contratual, por razões ontológicas, implica em fiar-se em outra pessoa; sem

⁸ Como bem apontado por Clóvis do Couto e Silva, “Em nossos dias, cresceu extraordinariamente em importância o (princípio) da boa fé, em virtude da revisão por que passou a teoria geral das obrigações, sob o influxo de novas tendências jurisprudências e doutrinárias, motivadas, em grande parte, por uma vigorosa reação às concepções do positivismo jurídico.” *Obrigações como processo*. São Paulo: José Bushatsky, 1976. p. 15

⁹ “*Treu* é traduzida como lealdade, e *glauben* como crença...” PINHEIRO, Rosalice. *O percurso teórico da boa-fé...* Op. cit., p. 114

um mínimo de confiança e lealdade entre as partes a celebração de um contrato perde a razão de ser¹⁰.

A noção de boa-fé, enquanto norma a impor objetivamente certas condutas¹¹ aos contratantes, não implica, absolutamente, supressão da noção de liberdade contratual. Conforme lição de Clóvis do Couto e Silva (1976)¹², os deveres decorrentes da boa-fé não suprimem as obrigações derivadas do consenso formado entre os contratantes; não é em razão de imputarem-se deveres de cooperação entre comprador e vendedor que o contrato de compra e venda deixa de obrigar um à transferência do domínio e o outro ao pagamento do preço. Tal conclusão chega a ser uma obviedade primária.

A noção de boa-fé, enquanto centro de imputação de deveres aos contratantes, vem vinculada à noção de obrigação como um processo, em que credor e devedor não são figuras estáticas, em que caberia apenas a um o bônus de ver satisfeita em seu favor a prestação, enquanto para a outra parte apenas incumbe o dever de cumprir a obrigação contraída. Antes disso, credor e devedor se encontram vinculados em uma “ordem de cooperação”¹³ no sentido do adimplemento das obrigações contraídas.

É nesse sentido que a boa-fé se coaduna com a ordem constitucional vigente. É a partir da solidariedade enquanto valor de ordem constitucional e a dignidade da

¹⁰ “No Direito moderno tornou-se expressa a regra de que credor e devedor devem agir corretamente, comportando-se com decência em relação às exigências do mercado e aos princípios de solidariedade humana e social, nas palavras de Trabucchi. Aplica-se às obrigações o princípio da boa-fé objetivamente conceituada, que exige, além da colaboração ente as partes da relação, honestidade, lealdade e fidelidade em cada qual.” GOMES, Orlando. *Obrigações*. Atualiz. Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 17

¹¹ “A boa-fé a que se reporta o Projeto é, sem dúvida, a objetiva, na medida em que impõe respeito em situações específicas do processo de contratação.” NALIN, Paulo. *Do contrato*. Op. cit., p.80

¹² “A dogmática do século passado tinha por centro a vontade, de forma que, para os juristas daquela época, todos os deveres dela resultavam. Em movimento dialético e polêmico poder-se-ia chegar à conclusão oposta, isto é, a de que todos os deveres resultassem do princípio da boa fé. Mas a verdade está no centro: há deveres que promanam da vontade e outros que decorrem da incidência do princípio da boa fé e da proteção jurídica dos interesses.” COUTO e SILVA, Clóvis do. *Obrigação como processo*. Op. cit., p. 36-37

¹³ “A concepção atual de relação jurídica, em virtude da incidência do princípio da boa fé, é a de uma ordem de cooperação, em que se aluem as posições tradicionais do devedor e credor. (...) Com isso, ele não deixou de ser o credor, sujeito ativo da relação, mas reconheceu-se que a ele cabiam certos deveres. (...) Caber-lhe-ão, contudo, certos deveres como os de indicação e de impedir que a sua conduta venha a dificultar a prestação do devedor.” *Ibid.*, p. 120

pessoa humana como fundamento de toda a ordem jurídica que se forma a base normativa capaz de fundamentar a boa-fé em seu viés objetivo¹⁴.

Releva ainda analisarmos a dimensão de aplicação do princípio da boa-fé nas relações contratuais. A melhor doutrina não hesita em enquadrar a boa-fé na técnica legislativa de *clausula geral*¹⁵, através da positivação de normas dotadas de “terminologia vaga e aberta¹⁶” de forma que o magistrado é convocado a completar o sentido da norma em razão do caso concreto. Distante da idéia da de arbitrariedade, a técnica das cláusulas gerais é forma de valorização da atividade jurisdicional, uma vez que é impossível ao legislador prever *todas* as implicações jurídicas da vida em sociedade. A noção não implica arbitrariedade, tendo em vista o magistrado ser obrigado a fundamentar o conteúdo da decisão em razão da cláusula geral. Especificamente à boa-fé, para aplicá-la às relações contratuais, deve o magistrado fundamentar quais são os deveres anexos aos quais ambas as partes estão adstritas, tendo em conta a relação contratual material. Em suma, a aplicação da boa-fé não admite solução prévia, mas exige o exame de cada caso^{17,18}.

Daí decorre outra evidência de que a boa-fé exige uma reformulação paradigmática do Direito Contratual. O modelo de jurisdição inaugurado com a era moderna é o do juiz enquanto mera “boca da lei” a quem cabia somente aplicar a solução já projetada pela atividade legislativa, a que corresponde uma expectativa da classe burguesa em obstar qualquer forma de ingerência estatal no âmbito da

¹⁴ “A boa-fé neste espaço jurídico, acaba tomando uma dimensão ímpar, pois é a partir dela que se impõe o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (inc III, art. 1º), frente ao também princípio constitucional da livre iniciativa (inc IV, art. 1º).” NALIN, Paulo. Do Contrato. Op. cit., p. 97

¹⁵ Há destaque para análise da boa-fé enquanto cláusula geral na obra de MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 1. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. p. 273-364.

¹⁶ Especificamente sobre as cláusulas gerais no novo código civil, ver o artigo de Judith Martins-Costa, *O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro*. Disponível em: <<http://www6.ufrgs.br/ppgd/doutrina/martins1.htm>>. Acesso em: 25 set. 2006

¹⁷ “A boa fé dá o critério para a valorização judicial, não a solução prévia. (...) Num sistema jurídico concebido (...) como algo com aberturas por onde penetram os princípios gerais que o vivificam, não se poderá chegar a uma solução concreta apenas por processo dedutivo ou lógico matemático. Com a aplicação da boa fé, outros princípios havidos como absolutos serão relativizados, flexibilizados, ao contato com a regra ética.” COUTO e SILVA, Clóvis do. *Obrigação como processo*. Op. cit., p. 42

¹⁸ “Na verdade, o que a boa fé impõe não é possível enunciar prédeterminadamente, de modo acabado e fixo, em abstracto.” RIBEIRO, Joaquim de Souza. *O controlo no conteúdo dos contratos*. Op. cit., p. 7

autonomia privada. “A aplicação da boa-fé é essencialmente *tópica*”¹⁹, exige uma racionalidade distinta da silogística, uma vez que a tópica, na atividade jurisdicional, impõe ao magistrado examinar o caso concreto para, em função deste, conseguir determinar quais são as normas aplicáveis àquele caso e em que medida tais normas são aplicáveis.

Traçadas estas breves considerações gerais sobre a figura da boa-fé no Direito Contratual, urge procedermos à análise detida de cada uma das múltiplas funções que se atribuem à boa-fé.

2. 1 FUNÇÕES DA BOA-FÉ

Conforme anteriormente enfatizado, a boa-fé é um princípio de Direito Contratual “multifacetado”, agregando um sem-número de funções, incidindo de variadas formas e em momentos distintos da relação contratual²⁰. Antes mesmo da formação do consenso já se imputam às partes uma série de deveres, tendo em conta a consideração com a outra parte, e não apenas os interesses individuais; após a formação do contrato, é a boa-fé a baliza interpretativa apta a revelar o sentido do que foi estipulado, bem como é conforme a boa-fé que as lacunas contratuais devem ser colmatadas; é a partir da boa-fé que se concebe a revisão do conteúdo do contrato tendo em vista sanar o problema da onerosidade excessiva superveniente, bem como é a boa-fé que veda o exercício abusivo e desproporcional de certas faculdades conferidas a uma das partes da relação²¹; por fim, após o

¹⁹ “Sua aplicação (boa-fé objetiva) é essencialmente tópica. Analisa-se a posição do titular da obrigação, em execução, se ele agiu de forma a satisfazer, plenamente, as expectativas alheias, não gerando obstáculos desnecessários, encargos pessoais e financeiros inúteis, enfim, ônus subjetivos patrimoniais ou existenciais (morais) indesejados.” NALIN, Paul. *Do Contrato*. Op. cit., p. 132

²⁰ Sintetizou bem esta idéia o jurista Joaquim de Souza RIBEIRO “De tal modo pode hoje dizer-se, sem receio de desmentido, que o princípio da boa fé, mais do que qualquer outro, se caracteriza pela multifuncionalidade, pelo desempenho, dentro do sistema, de diferenciadas funções regualdores(...). Ele é, verdadeiramente, um *princípio pluridimensional*.”, e continua; “Pelos critérios da boa fé, alcançamos a indicação precisa dos modos correctos de efectuar a prestação e de exigir o seu cumprimento: por eles, preenchemos integrativamente com deveres secundários e deveres laterais, o conteúdo vinculativo da relação; por eles ainda, demarcamos certos limites ao exercício legítimo de um poder formalmente reconhecido pela ordem jurídica, no quadro da cláusula geral do abuso de direito.” *O controlo no conteúdo dos contratos*. Op. cit., pág 6

²¹ “Se concebermos a proibição de certos conteúdos como uma concretização dos ditames da boa fé, de acordo com o modelo explicativo atrás traçado, o princípio atuaria aqui com uma *dupla face*: em restrição directa à liberdade contratual, por um lado e como padrão de condutas negociais por outro.” *Ibid.*, p.19.

término da relação contratual, a boa-fé ainda impõe a observância de certos deveres que subsistem ao termo final do contrato.

Impõe ressaltar que, ainda que tratemos de tantas aplicações distintas do princípio na relação contratual, é sob a égide da boa-fé que todas essas funções encontram fundamento. Quanto à possibilidade da convivência de todo este leque de funções e os princípios de Direito Contratual derivados da noção moderna de autonomia privada, tal será examinado mais adiante.

Impende ressaltar, entretanto, que este conjunto de funções é admitido apenas por parte da doutrina, havendo aqueles que reconhecem apenas algumas dessas funções, reputando outras como derivadas de outros princípios, ou até mesmo negando a existência de certas atribuições aqui enumeradas, tendo em conta os princípios basilares do Direito Contratual da modernidade – Liberdade Contratual, *pacta sunt servanda* e *res inter alios* – e o princípio geral de direito que serve de sustentáculo a estes, a Autonomia Privada. Não obstante, nos filiamos àqueles que entendem ser positiva a contribuição da boa-fé ao Direito Contratual, admitindo ter a boa-fé uma “pluriaplicação na relação contratual”,²² uma vez que as relações contratuais na contemporaneidade demandam, mais do que nunca, a fiscalização da conduta das partes contratantes e do conteúdo do contrato²³.

Assim, sistematizamos o estudo das funções conferidas à boa-fé no âmbito do Direito Contratual através do agrupamento de três grandes grupos. Em primeiro plano, agrupamos as funções de interpretação das cláusulas contratuais e de integração de lacunas do contrato, por vinculadas à dimensão hermenêutica da Boa-fé. Um segundo grupo está mais diretamente vinculado ao princípio da equidade, que se traduz na vedação do exercício de certas posições jurídicas, como também no controle do conteúdo do contrato tendo em vista a manutenção do equilíbrio interno da relação. Ao fim, agregamos os diversos deveres comuns aos contraentes, referenciados aqui como os deveres instrumentais, bem como é a partir destes

²² “Ademais, ainda na linha da boa-fé, reconheceu-se ter ela pluriaplicação na relação contratual, na medida em que se torna exigível sua observância, tanto na conclusão quanto na execução da avença.” NALIN, Paulo. *Do Contrato*. Op. cit., p. 79

²³ “O atual prestígio da boa-fé objetiva decorre da compreensão do sentido complexo da relação jurídica obrigacional, e da pluralidade de seus múltiplos deveres, que põe em evidência a necessidade de ser fiscalizado o comportamento do sujeito contratante.” *Ibid.*, p. 126.

deveres que deriva a figura da responsabilidade pré-contratual, figura de natureza jurídica ainda controvertida na doutrina.

2. 1. 1 A função interpretativo-integrativa

Começemos o exame das funções da boa-fé a partir da dimensão hermenêutica do princípio, por razão de conveniência: esta é a dimensão da boa-fé sobre a qual a doutrina é menos dissidente. Iniciássemos este exame pela controvertida figura da responsabilidade pré-contratual e possivelmente não chegaríamos à conclusão alguma. A prudência recomenda, portanto, iniciarmos por aquilo que é consensual para então adentrarmos ao âmbito do debate.

A dimensão hermenêutica da boa-fé é, sem embargo, a primeira das funções que se reputou ao princípio no âmbito do Direito Contratual. Sua origem remonta ao Direito Romano no seu período clássico,^{24,25} mantendo esta função, apesar dos dois milênios que separam a sua gênese dos dias atuais.

A *função interpretativa* está vinculada à teoria da declaração nos negócios jurídicos. O proponente, por iniciar manifestando sua vontade, tem conhecimento preciso da dimensão dessa manifestação, coisa que não se dá com o oblato, uma vez que não é ele o emissor da manifestação de vontade. Isto posto, forjaram-se duas teorias: a teoria da vontade, que entende dever ser o contrato interpretado segundo a vontade interna do declarante, e a teoria da declaração, segundo a qual o contrato deve ser interpretado conforme a declaração se consubstanciou, independentemente da vontade do emissor.

²⁴ Conforme esclarece José Carlos Moreira Alves, entre os tipos de ações classificadas de acordo com os poderes conferidos ao juiz popular, o *iudex*, figuravam as *iudicia bonae fidei* (ações de boa-fé), ação que conferia ao *iudex* “poder para apreciar de forma mais livre os fatos”, aplicável a uma série de atos, como a *negotiorum gestorum*, *mandati*, *depositi* e *fiduciae*, análogos aos negócios jurídicos hodiernos de mesmo nome, devendo o *iudex* julgar *ex fide bona*, ou “conforme a boa-fé.” ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 232.

²⁵ Explica Antonio Menezes CORDEIRO que *Actiones in ius conceptae* seriam as ações cuja *intentio* se funda no *ius civile*, normalmente uma *lex*, sendo a exceção os *bonae fidei iudicia*. Tais ações não tinham fundamento expresse na lei romana, mas foram concebidas por meio do *ius honorarium*, isto é, pelo direito criado na atividade pretoriana. O leitor há de convir que há, ao menos, um paralelo entre a natureza de tais ações e a noção de cláusula geral, já mencionada neste trabalho. CORDEIRO, Antonio Menezes. *Da boa fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2002, p.72 *et seq.*

A boa-fé se insere neste âmbito impondo primeiramente uma interpretação segundo a declaração, porém, de forma mitigada, uma vez que se faz a exegese do contrato que busca tutelar a confiança do receptor da declaração²⁶. Isto implica dizer que nem toda interpretação conforme a declaração deve ser aceita, nomeadamente quando o receptor conhece – ou deveria conhecer – a existência de uma cisão entre a vontade declarada e a “vontade real”. Em suma, o contrato é interpretado segundo sua declaração na medida em que esta declaração criou uma confiança legítima na outra parte. Nesse sentido, esta interpretação implica exame das declarações de ambas as partes, excetuado os casos de contratos de adesão, em que a interpretação conforme a boa-fé sempre se pauta pela tutela da confiança incutida no aderente e a declaração literal do predisponente.

A interpretação conforme a boa-fé leva em conta também outros elementos como o contexto no qual a relação contratual está inserida e as causas do contrato, havendo comunicação do princípio da boa-fé com a função social do contrato, uma vez que se a causa do contrato não for conforme a função social do contrato, esta deverá ser levada em conta em detrimento daquela. Assim, deve o juiz atentar para o exame do *conjunto significativo*²⁷ ao proceder ao exame de uma relação contratual concreta.

A atividade integrativa constitui-se num outro viés da atividade hermenêutica, uma vez que, ante o silêncio das partes e do ordenamento jurídico, se justifica interpretar o contrato buscando dizer algo que os contratantes desejariam ter dito, mas não o fizeram. Nesse sentido, a função integrativa está adstrita da mesma forma à situação concreta do contrato, com o juiz a preencher heteronomamente o conteúdo do contrato, tendo em conta as expectativas das partes em relação ao que pretendiam ao celebrar o contrato. Admite-se, portanto, a intervenção jurisdicional sobre o conteúdo do contrato através da integração conforme a boa-fé²⁸.

²⁶ “Eis sua função interpretativa, que se traduz em tutela da confiança do destinatário da declaração”. PINHEIRO, Rosalice. *O percurso teórico da boa-fé...* Op. cit., p. 213

²⁷ MARTINS-COSTA, Judith, *A Boa-Fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 1. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. p. 430.

²⁸ “...perante o silêncio dos contratantes, a boa-fé desempenha o papel de colmatar lacunas, admitindo-se a intervenção do juiz no conteúdo do contrato.” PINHEIRO, Rosalice. *O percurso teórico da boa-fé...* Op. cit., p. 215

É curioso perceber que, não obstante exista uma diferença conceitual, é difícil definir quando o juiz está realizando uma atividade integrativa e quanto colmata lacunas. Rosalice Fidalgo Pinheiro é feliz ao dizer que não há diferença qualitativa entre as funções interpretativa e integrativa da boa-fé²⁹. Finalmente, esta função reputada à boa-fé tem fundamento legal no direito pátrio no artigo 113 do Código Civil de 2002³⁰, sendo aplicável a toda a categoria dos negócios jurídicos, incluídos a os contratos.

2. 1. 2 A Eqüidade e o controle do conteúdo da relação contratual

O segundo leque de funções atribuíveis à boa-fé contratual guarda relação íntima com o princípio da eqüidade. Ainda que a noção de integração do contrato – a supressão de lacunas – guarde algum vínculo com a noção de eqüidade, este é secundário. As funções que se aduzem do princípio da eqüidade concernem o equilíbrio da relação contratual, especialmente o equilíbrio das prestações pecuniárias³¹, bem como as limitações ao exercício de direitos subjetivos.

Cumpre aqui esclarecermos nossa opção por remeter as funções de reequilíbrio do conteúdo do contrato e as limitações do exercício de subjetivos. Já mencionamos anteriormente que a *bona fides*, no Direito Romano, absorveu a noção de *aequitas*. Tal adição, ao que parece, persiste no Direito atual, uma vez que a figura da eqüidade é vista por vezes como um princípio autônomo, por vezes como um princípio derivado da boa-fé. Ainda que a separação entre ambas as figuras pudesse facilitar nosso trabalho, diminuindo a quantidade de funções atribuídas à boa-fé, assim como conferiria um grau maior de cientificidade para a matéria, optamos por manter o princípio ainda vinculado à boa-fé por ser este o entendimento de maior parte da doutrina.

²⁹ “A função integrativa não é qualitativamente diversa da função interpretativa da boa-fé, eis que ambas compartilham a finalidade de determinar os direitos e as obrigações das partes: em sua função hermenêutica, a boa-fé traz consigo a superação do dogma da vontade” *Ibid.*, p. 213.

³⁰ Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

³¹ “O princípio da eqüidade alcança, assim, um novo perfil, não somente no instrumento de supressão das lacunas da lei, (...) mas visando ao equilíbrio econômico das obrigações pecuniárias.” NALIN, Paulo. *Do Contrato. Op. cit.*, p. 143

A noção de equidade, nesse sentido, é diametralmente oposta à noção clássica de autonomia privada³²; enquanto as funções interpretativo-integrativas guardam relação com a vontade das partes ainda que cotejadas com as expectativas da outra parte, bem como elementos outros como a causa do contrato, as funções derivadas do princípio da equidade têm caráter proibitivo, interferindo diretamente no conteúdo do contrato e no exercício de certos direitos subjetivos das partes; a boa-fé atua, neste sentido, contrariamente à vontade de pelo menos uma das partes, proibindo e anulando objetivamente cláusulas abusivas, negando eficácia a atos que visam apenas prejudicar a outra parte. Este grupo de funções também está diretamente vinculado ao dever de lealdade, uma vez que é a partir da boa-fé que se estabelece a idéia de consideração com a outra parte, proibindo o exercício de certos direitos que prejudiquem a outra parte ou que tornem o cumprimento das obrigações excessivamente oneroso para uma das partes.

Para procedermos ao exame de tais atribuições conferidas à boa-fé, optamos por dividir tais funções em dois grupos distintos: o primeiro, concernente ao controle do conteúdo do contrato, e o segundo, no qual examinaremos as figuras do exercício inadmissível de posições jurídicas³³.

2. 1. 2. 1 O Controle do conteúdo do contrato

A figura da boa-fé, no contexto do controle do conteúdo do contrato, tem origem histórica na teoria da imprevisão, com a formulação da *clausula rebus sic stantibus*. Tal teoria ganhou importância na Europa na primeira metade do século XX em razão das duas guerras, cujo palco principal foi o velho mundo. Os efeitos devastadores dos confrontos armados resultavam em consequências gravíssimas para o mercado.

³² “...constatada a inoperância funcional da autonomia privada, por falta de autodeterminação em medida bastante, o ordenamento institui medidas de tutela compensatórias, a favor do contraente em situação de inferioridade.” RIBEIRO, Joaquim de Souza. *O controle no conteúdo dos contratos*. Op. cit., p. 10.

³³ Antonio Menezes Cordeiro, em *Da boa fé no direito civil*, refere-se a tais figuras pela noção de exercício inadmissível de posições jurídicas, enquanto Judith Martins-Costa, na obra *A boa-fé no direito privado*, a elas se refere como limite ao exercício de direitos subjetivos.

É usual a formação de contratos com duração continuada, especialmente contratos entre empresas e os contratos firmados com o poder público, contratos estes que exigem, para o seu fiel cumprimento, certo grau de previsibilidade. Tais negócios simplesmente inviabilizar-se-iam ou sua execução tornar-se-ia extremamente onerosa ante uma mudança repentina nas condições fáticas estabelecidas; a obstrução ou destruição de uma via de transporte, a escassez de certa matéria-prima em razão de um fenômeno climático, ou mesmo uma variação repentina de um índice econômico, como o câmbio, os juros ou a inflação. Tais problemas, no âmbito individual, invariavelmente redundam em grave ônus para uma das partes contratantes, e, em dimensão coletiva, têm o potencial de deflagrar uma crise econômica.

A solução jurídica para tais circunstâncias é dada pela teoria da imprevisão, no Direito francês, e teoria da quebra da base contratual, no Direito alemão³⁴. Segundo tal teoria, ante a desproporção em uma relação contratual causada por uma mudança nas circunstâncias fáticas, seria admissível a correção do conteúdo do contrato, com base na boa-fé, de forma a equilibrá-lo, ou até mesmo resolvê-lo em razão da onerosidade excessiva que recaía sobre uma das partes contratantes³⁵.

Este papel a que se atribui à boa-fé afronta diretamente os princípios de liberdade contratual e da obrigatoriedade dos efeitos do contrato³⁶. O contrato moderno, por fundamentado na vontade das partes, exigia, para sua resolução ou alteração de seus termos, que ambas as partes manifestassem sua vontade nesse sentido. Entretanto, como a figura da onerosidade excessiva sempre recai sobre uma das partes, a contraparte contratual nunca concordaria espontaneamente na modificação ou extinção do vínculo, porque beneficiada, seja em razão da desproporcionalidade da prestação a ser realizada em seu favor, seja em razão da

³⁴ “Molda-se no cenário jurídico alemão a teoria da quebra da base negocial, mais ampla do que a teoria da imprevisão criada pela jurisprudência francesa.(...)Para justificar a revisão, bastariam duas hipóteses: a destruição da relação de equivalência entre as prestações, ou o desaparecimento do fim essencial do contrato.” PINHEIRO, Rosalice. *O percurso teórico da boa-fé...* Op. cit., p. 218.

³⁵ “..a cláusula “*rebus sic stantibus*”, segundo a qual seria admissível, nos contratos de prestação duradoura, corrigir-se, em nome da justiça imanente nos contratos, no sinalagma, as desproporções determinadas pela desvalorização da moeda” COUTO e SILVA, Clóvis. *Obrigação como processo*. Op. cit., p.130

³⁶“Historicamente, o maior problema para a aplicação (da teoria da imprevisão), e daí, também, até certo ponto, a recusa de pensar até o fim na idéia de relação jurídica como algo em que a justiça comutativa é imanente, foi o princípio da autonomia da vontade.” *Ibid.*, p. 130

possibilidade de se ir juízo e responsabilizar a parte inadimplente, exigindo compensação pecuniária equivalente ao valor da obrigação. A boa-fé é o recurso do qual se vale o magistrado para, intercedendo diretamente entre as partes, restaurar o equilíbrio à figura do contrato, invalidando as condições iníquas da relação, de forma a sanar a relação contratual³⁷.

Outra virtude conferida à boa-fé no Direito Contratual é a de estabelecer a nulidade de condições iníquas, especificamente nos contratos marcados pela hipossuficiência de uma das partes, a exemplo dos contratos de adesão. Esta função atribuída ao princípio da boa-fé foi a “porta de entrada” da boa-fé objetiva no direito positivo brasileiro, figurando no artigo 51, inciso IV do Código de Defesa do Consumidor.

A nulidade de cláusulas abusivas nos contratos de adesão está diretamente vinculada à noção de equidade³⁸; é notória a posição de fragilidade do aderente, que depende diretamente das condições estabelecidas pelo predisponente, cabendo-lhe escolher entre ficar sem o bem ou se submeter a um contrato em que figuram cláusulas abusivas. É a boa-fé que autoriza a intervenção do poder judiciário na relação contratual para anular cláusulas que “estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”³⁹. A intervenção, aqui, tem caráter negativo, tornando nulos certos efeitos contratuais, diferentemente da teoria da imprevisão, na qual a intervenção judicial reformula certas cláusulas ou condições, intervindo positivamente no conteúdo contratual.

De ambas as funções da boa-fé acima mencionadas podemos inferir o caráter normativo do princípio. A boa-fé aqui impõe à parte não gravada pela

³⁷ “Nesta óptica, relevam as condições materiais de exercício da autonomia, pelo que, em face de um conteúdo significativamente oneroso para uma das partes, o juiz não pode decidir, sem mais, pela sua execução tal como acordado, confortando-se com o entendimento de que “contrato é contrato”. Cabe-lhe, nessa situação, controlar se esse conteúdo é imputável à auto-responsabilidade do contraente prejudicado ou, antes, à sua impossibilidade factica de auto-determinação.” “Não pode, pois, negar-se que a boa fé intervém aqui como *norma de validade*, não como princípio definidor de comportamentos negociais” RIBEIRO, Joaquim de Souza. *O controlo no conteúdo dos contratos*. *Op. cit.*, p. 11-12

³⁸ “... pode dizer-se, em conclusão, que a boa fé abriu a porta a um novo campo normativo do direito dos contratos: o controlo directo do conteúdo dos contractos de adesão. Nesta derivação concretizadora, o princípio, longe dos seus cânones aplicativos tradicionais, está funcionalmente associado à idéia de *equilíbrio e equidade contratual*.” *Ibid.*, p. 23.

³⁹ É o artigo 51, inciso IV, da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

hipossuficiência que, no momento de definir os termos do contrato, impõe o “dever de consideração para com o “alter””⁴⁰, sob pena de nulidade daquilo que haja estabelecido sem se pautar pelo mencionado dever⁴¹.

2. 1. 2. 2 O exercício inadmissível de posições jurídicas

A vedação do exercício inadmissível das posições jurídicas conforma uma série de figuras típicas, fruto da experiência jurisprudencial, relacionadas à noção de abuso do direito, e, por conseqüência, vinculadas à boa-fé. Trata-se, aqui, de obstar ação de uma das partes que, através do exercício arbitrário de uma faculdade que a relação jurídica lhe confere, venha a prejudicar a outra parte.

É notório, conforme avançaremos no assunto, que as figuras eventualmente se confundem, ensejando o enquadramento de uma situação concreta em mais de uma das figuras. Isto se dá em razão da origem jurisprudencial de tais tipificações, portanto, ressentindo-se da falta de um tratamento sistemático.

No ordenamento pátrio, tais figuras encontram fundamento legal específico no artigo 187⁴², que determina constituir ato ilícito a ação que excede os limites impostos pela função social, pela boa-fé ou pelos bons costumes⁴³. A boa-fé, aí mencionada, é de viés objetivo. Não cumpre à parte prejudicada constituir a ingrata prova de que a contraparte agiu com má-fé^{44,45}, mas apenas demonstrar que a outra

⁴⁰ COUTO e SILVA, Clóvis do. *Obrigações como processo*. Op. cit., p. 29

⁴¹ “É a boa fé que impõe que o predisponente exercite o seu poder unilateral de conformação sem sacrificar, para lá do razoável, os do aderente; é a boa fé, de igual modo, que orienta a valoração do conteúdo, para formação de um juízo quanto à observância desse comando normativo e, logo, quanto à eficácia da cláusula.” RIBEIRO, Joaquim de Souza. *O controle no conteúdo dos contratos*. Op. cit., p. 21.

⁴² Ver artigo de TEPEDINO, Gustavo e SHREIBER, Anderson. A boa-fé no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil (arts. 113,187 e 422). In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.) *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 29-44

⁴³ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

⁴⁴ A boa-fé subjetiva, em última análise, não tem conteúdo significativo próprio, identificando-se com a ausência de má-fé. Em direito civil, a boa-fé subjetiva sempre assume a forma de presunção; contrapõe-se à má-fé, esta última dotada de conteúdo significativo próprio. A boa-fé em acepção objetiva, por constituir um padrão de conduta, opõe-se à ausência de boa-fé.

⁴⁵ “A recondução da *exceptio doli* ao parágrafo 242 do BGB pela jurisprudência permitiu que se dissipassem as insuficiências surgidas dos parágrafos 226 e 826, determinando a ligação do abuso do direito à boa-fé: é inadmissível o exercício de um direito quando em contrariedade à boa-fé e aos bons costumes.” PINHEIRO, Rosalice. *O percurso teórico da boa-fé...* Op. cit., p. 222.

parte agiu em desconformidade com um “dever geral de lealdade”, dever este que se relaciona, em boa medida, com todas as funções aqui já apresentadas.

Primeira das figuras típicas do exercício inadmissível de posições jurídicas é a *exceptio doli*, que guarda origem romanista⁴⁶. Era a ação da qual dispunha o indivíduo em face daquele que agia com dolo no momento da formação da relação jurídica, sendo a *exceptio doli* também aplicável em face daquele que, com dolo, levava a situação jurídica a juízo⁴⁷. Na sua evolução histórica a noção padecia de uma fragilidade estrutural, uma vez que exigia a comprovação do dolo no agir da contraparte. A solução, conforme explica Antonio Menezes Cordeiro (2001, p. 732), foi reconduzir a aplicação da figura por “violação da boa fé”. Funcionaria a *exceptio doli generalis*, portanto, como uma “exceção de Direito material⁴⁸”, sendo invocada jurisdicionalmente ante uma medida judicial exercida pelo titular do direito subjetivo em violação ao dever de boa-fé⁴⁹.

A segunda figura típica do exercício inadmissível de posições jurídicas é figura do *venire contra factum proprium*⁵⁰. Rosalice Fidalgo Pinheiro (2004, p 226) a define como a pressuposição da “existência de dois comportamentos lícitos, desempenhados pelo titular de um direito, que se estendem no tempo, mas que se contradizem”. Com efeito, a figura do *venire* é configurada por duas ações distintas entre si e lícitas se consideradas individualmente, mas cujo exercício combinado leva a quebra da expectativa da outra parte, lesando o dever geral de lealdade que se impõe aos contratantes. A boa-fé objetiva veda a prática de tal conduta, não obstante os atos atacados, se considerados em si mesmos, não padecerem de vício algum.

Figura típica semelhante ao *venire* é a da inalegabilidade de nulidades formais. Trata-se da prática – corrente no mercado – da indução a uma pessoa (normalmente um consumidor ou outro em situação de hipossuficiência) a contrair

⁴⁶ MARTINS-COSTA, Judith, *A boa-fé no Direito Privado*. Op. cit., p. 455.

⁴⁷ CORDEIRO, Antonio Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Op. cit., p. 721-722

⁴⁸ *Ibid.*, p. 734.

⁴⁹ “Em um primeiro momento, exigia-se a configuração de um elemento intencional; somente a ação exercida com dolo pelo autor ensejaria sua paralisação por meio da *exceptio (exceptio doli generalis)*. Mas posteriormente, tal meio de defesa passou a prescindir do dolo e da má-fé, bastando a contrariedade ao sentimento jurídico: a boa-fé.” PINHEIRO, Rosalice. *O percurso teórico da boa-fé...* Op. cit., p. 223.

⁵⁰ É corrente o uso apenas da locução *venire* para fazer a remissão à figura.

um contrato sem a atenção aos aspectos formais, para então, quando auferidas todas as vantagens da relação contratual aparente, alegar a nulidade do pacto e não cumprir a parte no acordo⁵¹. Afigura-se, no mínimo, teratológico que o ordenamento jurídico dê guarida àquele que ciente do vício, ou mais reprovável ainda, provoque a nulidade de um contrato e obtenha deste simulacro todos os benefícios que puder para então alegar a nulidade de toda a relação contratual e se esquivar de cumprir a sua parte no acordado^{52, 53}.

Outra figura típica de exercício inadmissível de posições jurídicas assemelhada ao *venire* é a da *supressio*. Enquanto a proibição do *venire* diz respeito a duas ações, a *supressio* guarda relação com a noção de prescrição. Incorre em *supressio* o titular do direito subjetivo que não o exerce por certo lapso de tempo, de forma a gerar na outra parte a segurança de que tal faculdade não será exercida por seu titular. Ante a expectativa do não exercício de tal direito, “se supervenientemente, viesse a agir, entraria em contradição.” (CORDEIRO, 2001, p.808-809)

Evidencia-se o vínculo do princípio da boa-fé com a presente figura uma vez que é por meio da *supressio* tutelar a confiança entre os contratantes, de forma a obstar o exercício de direitos de forma a prejudicar aquele que pautou uma série de ações tendo em vista a outra parte deixar entender que não iria fazer uso daquela faculdade⁵⁴. Rosalice Fidalgo Pinheiro (2004, p. 233) caracteriza a figura como uma “espécie de “prescrição de fato”, que reúne a inatividade do titular de um direito, caracterizada pela omissão de seu exercício, ao transcurso de certo lapso temporal.”

A penúltima figura a tratarmos no âmbito do exercício inadmissível de posições jurídicas é a formula do “*tu quoque*”. Segundo Antonio Menezes Cordeiro (2001, p. 836), esta constitui uma regra “pela qual a pessoa que viole uma norma jurídica não poderia, sem abuso, exercer a situação jurídica que essa mesma norma

⁵¹ CORDEIRO, Antonio Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Op. cit., p. 772.

⁵² “Seria contrário ao sentimento de justiça permitir que o mesmo contratante que provocou a nulidade, viesse posteriormente, a arguí-la, esquivando-se do cumprimento do negócio jurídico. Nestes termos, tornar-se-ia presente um “abuso de nulidades por motivos formais”, atentando contra a boa-fé.” PINHEIRO, Rosalice. *O percurso teórico da boa-fé...* Op. cit., p. 230

⁵³ Tão repugnante é esta figura típica do exercício inadmissível das situações jurídicas que ela é também um tipo penal, descrito no artigo 171 do Código Penal.

⁵⁴ “Trata-se de impedir que direitos muito antigos, abandonados pelo seu titular há tempos sejam exercidos tardiamente, mostrando-se de todo inconveniente. *Ibid.*, p. 233

lhe tivesse atribuído. (...) Fere as sensibilidades primárias, ética e jurídica, que uma pessoa possa desrespeitar um comando e, depois, vir a exigir a outrem seu acatamento.” É a idéia de “*equity must come with clean hands*” que subjaz à figura típica da *tu quoque*, impondo aos contratantes que só se pode exigir da contraparte a observância de uma norma na medida em que se respeita a mesma norma. A boa-fé, no caso, intervêm na relação contratual para obstar a ação daquele que exige a aplicação de uma norma e que, ao mesmo tempo, não observa a norma.

A última figura típica do grupo, o desequilíbrio no exercício de direito, cumpre a função de fórmula residual.⁵⁵ Se, por alguma razão, um ato abusivo no âmbito do Direito Contratual não se adapta a qualquer outra das figuras de exercício inadmissível de posição jurídica, cabe ao juiz, fundamentadamente, negar eficácia a tal ato em função do desequilíbrio que a conduta gera na relação contratual. A doutrina separa a figura em três hipóteses. A primeira hipótese é a do “exercício inútil danoso”⁵⁶, que se configura quando o titular do direito age “no âmbito formal da permissão normativa que constitui seu direito, em termo de não retirar qualquer benefício pessoal, mas a causar dano considerável a outrem”. Esta figura encontra subsidio legal nos artigos 187 do Código Civil, como também, no §2º do artigo 1228 do mesmo diploma, em se tratando de direito de propriedade, especificamente.

A segunda hipótese é encerrada na figura do *dolo agit qui petit quod statim redditurus est*, segundo a qual comete ato abusivo, portanto ineficaz, em razão da incidência da boa-fé na relação contratual, aquele “que exige o que, de seguida, terá de restituir.” (CORDEIRO, 2001, p. 856) Destaca-se o elemento distintivo desta em face da primeira hipótese tendo em conta que, na primeira, há apenas um exercício de direito cujo animo é apenas causar dano a outrem, enquanto aqui há um exercício de direito específico, o de reivindicar um bem, vinculado à hipótese de que o *mesmo bem* deverá ser devolvido àquele de quem o bem foi reivindicado. A última hipótese é a do exercício desequilibrado de direitos *stricto sensu*, que, segundo a

⁵⁵ “Trata-se de uma figura residual de abusividade, que se traduz em três subespécies: i) o “exercício inútil danoso”; ii) o *dolo agit petit quod statim redditurus est*; iii) o exercício desequilibrado de direitos.” *Ibid.*, p. 237-238.

⁵⁶ CORDEIRO, Antonio Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Op. cit., p. 853

doutrina, guarda relação maior com a figura do abuso de direito do que propriamente com a boa-fé, caracterizando-se a partir de noções vinculadas àquela⁵⁷.

Enfim, esta categoria encerra o amplo grupo de funções atribuídas à boa-fé enquanto fator a preservar a eqüidade nas relações contratuais. Resta agora procedermos ao exame da função atribuída à boa-fé objeto de maior dissidência no âmbito doutrinário, em razão de, no nosso entender, afrontar diretamente o dogma da vontade.

2. 1. 3 Os deveres instrumentais

Antes de procedermos à análise, cumpre desenvolvermos um raciocínio que nos será caro para a compreensão das idéias a serem elaboradas no derradeiro capítulo. Da noção de contrato na modernidade, como procuramos descrevê-la no capítulo anterior, pudemos observar que os indivíduos apenas se obrigam, vale dizer, impõem para si uma prescrição de conduta, através do exercício da sua autonomia privada. Isso nos remete ao âmago da racionalidade moderna, segundo a qual é o sujeito o centro de qualquer processo de racionalização e que, portanto, proposições de caráter deôntico implicam, obrigatoriamente, um processo de legitimação a partir da vontade, que, exarada por sujeito racional, seria, em consequência, racional.

Ante todo este cenário, eis que, através da atividade doutrinária e jurisprudencial, gradualmente, vão se estabelecendo deveres a serem observados por contratantes *antes* da formação do acordo de vontades que estabelece a relação contratual, prescindindo de legitimação por força volitiva. Tais deveres não implicam nulidade de alguma estipulação contratual ou vedação de algum exercício de posição jurídica conferida em razão do contrato, como são as figuras estudadas na seção anterior. Ao contrário dos deveres instrumentais – a serem estudadas neste momento – as vedações consubstanciadas no princípio da eqüidade constituem, na visão de Judith Martins-Costa (2000, p. 455), limites aos direitos subjetivos, portanto, externos à estrutura do contrato, enquanto os deveres instrumentais implicam responsabilização daquele que infringiu tais deveres.

⁵⁷ Ibid., p. 859

Os deveres instrumentais também são mencionados por grande parte da doutrina como “deveres anexos” ou “deveres secundários”⁵⁸. Nesta monografia, damos preferência à expressão “deveres instrumentais”, em razão de serem tais deveres, no seu conjunto, a condição viabilizadora do consenso, noção a ser desenvolvida adiante. O uso da locução “deveres anexos” ou “deveres secundários” não traduz com exatidão a noção referida; não podem ser anexos, pois alguns destes deveres perduram à extinção da relação contratual^{59,60}, bem como secundários não o são, pois, mesmo sendo distintos da obrigação principal, tal não lhes diminui a relevância.

A doutrina contemporânea que aceita a figura dos deveres secundários, anexos ou instrumentais, é enfática quanto ao caráter involuntário de tais deveres. Tais deveres não são ensejados pela vontade das partes, mas retiram sua legitimação diretamente do princípio da boa-fé⁶¹. A aceitação desta categoria de deveres implica fazer uma leitura específica da relação contratual. Conforme explica Clóvis do Couto e Silva (1976, p.120),:

A concepção atual de relação jurídica, em virtude da incidência do princípio da boa fé, é a de uma *ordem de cooperação*, em que se aluem as posições tradicionais do devedor e credor. (...) Com isso, ele não deixou de ser o credor, sujeito ativo da relação, mas reconheceu-se que a ele cabiam certos deveres. (...) Caber-lhe-ão, contudo, certos deveres como os de indicação e de impedir que a sua conduta venha a dificultar a prestação do devedor. (sem grifos no original)

Assim, em sendo uma relação de cooperação, credor e devedor atuam em conjunto visando o adimplemento das obrigações engendradas na relação contratual. Nesse sentido, na relação de cooperação, os deveres instrumentais

⁵⁸ “Categoria das mais importantes é a dos deveres secundários, como resultado da incidência do princípio da boa fé. (...) Os deveres que nascem desta incidência são denominados secundários, anexos ou instrumentais.” COUTO e SILVA, Clóvis do. *Obrigação como processo*. Op. cit., p. 111-112.

⁵⁹ “...a particularidade mais importante de algumas das obrigações anexas é a de perdurarem ainda, mesmo depois do adimplemento da obrigação principal” Ibid., p. 112.

⁶⁰ “Os deveres anexos dividem-se em deveres dependentes e independentes. Este discrimine tem seu fundamento na verificação de que alguns deles são suscetíveis de ultrapassar o término da obrigação principal, de terem assim vida própria.” Ibid., p. 118.

⁶¹ “...os autores que, no Brasil, versaram a matéria, não procuraram visualizar a boa fé como elemento criador de novos deveres dentro da relação obrigacional, deveres- convém frisar – que podem nascer e desenvolver-se independentemente da vontade.” Ibid., p. 32.

aplicam-se tanto à figura do credor, quanto à figura do devedor⁶², em oposição a uma concepção tradicionalista da relação jurídica, em que o credor apenas possui direitos enquanto o devedor suporta todos os encargos da relação. A doutrina que sustenta a existência desses deveres considera, principalmente, a proteção da pessoa do devedor, no sentido de que ele tem direito de cumprir a obrigação e poder se liberar do vínculo. Não pode o credor obstaculizar o cumprimento da obrigação, uma vez que a relação jurídica contratual, como já se frisou, é de cooperação⁶³.

Outro aspecto relevante de tais deveres é que, em virtude de derivarem do princípio da boa-fé, são definidos através de um raciocínio tópico. Não é possível determinar, *a priori*, qual o conteúdo dos deveres instrumentais, uma vez que é em função da natureza do contrato que podemos destacar quais são e em que intensidade incidem estes deveres. Por exemplo, ganha relevância o dever de informação e de transparência nas relações de consumo, em razão do uso dos contratos de adesão, enquanto nos contratos de concessão, celebrado entre concessionária e montadora, são centrais os deveres de colaboração e de lealdade (sigilo).

Passaremos, então, ao exame dos deveres instrumentais em um esquema de tripartição que leva em conta a natureza desses deveres. A opção aqui assumida, recomendada pela melhor doutrina na área, não é cogente, uma vez que vozes autorizadas se inclinam por classificá-los como dimensões de um dever geral de colaboração.⁶⁴

Já dissemos anteriormente que o princípio da boa-fé, em Direito Contratual, reveste-se de um caráter nitidamente normativo (boa-fé objetiva), obrigando as partes a considerar os interesses da contraparte. Existe entre as partes contratantes um *dever de proteção*, na medida em que é através da relação contratual que as partes concretizam seus interesses. São especificamente voltados à proteção os

⁶² “A boa fé possui múltiplas significações dentro do Direito. (...) Com relação ao das obrigações, manifesta-se como máxima objetiva que determina aumento de deveres, além daquele que a convenção explicitamente constitui. Endereça-se a todos os partícipes do vínculo e pode, inclusive, criar deveres para o credor, o qual, tradicionalmente, era apenas considerado titular de direitos”. *Ibid.*, p. 29

⁶³ “A aproximação do dever de cooperação do credor à boa-fé remete o intérprete, mais uma vez, à natureza geral do princípio da boa-fé, que, volta e meia, surge no cenário das condutas contratuais.” NALIN, Paulo. *Do Contrato*. Op. cit., p. 195.

⁶⁴ “Todos os deveres anexos podem ser considerados como deveres de cooperação. Alguns autores costumam dar significado restrito a esses deveres.” COUTO e SILVA, Clóvis do. *Obrigação como processo*. Op.cit., p.117

deveres de auxílio entre as partes⁶⁵, bem como o dever de se abster de condutas que, mesmo indiretamente, possam causar dano à outra parte contratante.

Outra dimensão dos deveres anexos agrega as figuras dos deveres de esclarecimento, de transparência e de informação. A partir de tais deveres, devem as partes contratantes, tendo em conta os objetivos e os interesses da contraparte, informar, esclarecer, minudenciar certas circunstâncias de forma a deixar ciente a outra parte de todas as implicações do contrato. Tal tipo de dever ganha dimensão ante casos em que uma das partes estipulou os termos do contrato, como nos contratos de adesão⁶⁶, ou nos casos em que a obrigação a ser prestada tenha caráter técnico ou profissional, de forma que o contratante habitual, em não tendo domínio do jargão técnico da área, não consiga ter a dimensão de todas as implicações da relação contratual⁶⁷. Cumpre ao *expert* o dever de esclarecer todas as especificidades da atividade que realizará em favor da contraparte tendo em conta os interesses desta.

Por fim, a doutrina menciona também um dever de lealdade a ser guardado pelas partes contratantes. Eis algumas de suas especificações: o dever de sigilo, uma vez que em razão da relação contratual uma das partes tome conhecimento de circunstância que, se tornada pública, prejudicará a outra parte; o dever de cuidado ou de cautela, que obriga as partes a proceder com diligência durante toda a relação contratual, e o dever de “actuação conseqüente”⁶⁸, que impõe que as partes, durante as negociações preliminares, não interrompam de forma arbitrária as tratativas, de forma a não gerar prejuízos a outra parte em razão das negociações frustradas. Tal dever ganha dimensão especial nas grandes operações financeiras e empresariais, a exemplo das operações de fusão de sociedades ou de aquisição de

⁶⁵ “Denominam-se de deveres de auxílio certo tipo particular que nada tem que ver propriamente com as prestações principais, objeto do escambo.” *Ibid.*, p.118.

⁶⁶ “A transparência faz com que se exija do pré-disponente, sobretudo, lealdade ao estabelecer o conteúdo da avença e lealdade ao informar sobre ela ao outro contratante, via de regra mero aderente, portanto vulnerável à vontade contratual que esta a definir seus termos gerais, exigindo-lhe destarte comportamento responsável.” NALIN, Paulo. *Do Contrato*. Op. cit., p. 145.

⁶⁷ “O dever de esclarecimento, como seu nome indica, dirige-se ao outro participante da relação jurídica, para tornar clara certa circunstância de que o “alter” tem conhecimento imperfeito, ou errôneo, ou ainda ignora totalmente” COUTO e SILVA, Clóvis do. *Obrigações como processo*. Op.cit., p.115

⁶⁸ CORDEIRO, Antonio Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Op. cit., p. 859

estabelecimentos, nas quais o mero arbitramento do valor da empresa já constitui operação de custo considerável em razão da sua complexidade.⁶⁹

Cumpra observar que a delimitação dos deveres instrumentais aqui compreendida não tem caráter científico, visto que, a todo momento tais deveres se interpenetram e remetem não só uns aos outros, mas também a outras funções da boa-fé: não há como pensar em deveres de informação sem ter em mente a questão da interpretação dos contratos segundo a boa-fé, bem como não se pode pensar nas figuras típicas do exercício inadmissível de posições jurídicas sem pensar nos deveres instrumentais de lealdade e de cautela.

Passamos agora a examinar a figura da responsabilidade pré-contratual, em razão do nexos que esta figura possui com os deveres instrumentais.

2. 1. 4 A responsabilidade pré-contratual

A origem histórica da responsabilidade pré-contratual⁷⁰ é reputada à figura da *culpa in contrahendo*, figura doutrinária concebida através de uma investigação empreendida pelo jurista alemão Rudolf von Ihering, e divulgada em 1861. Ihering se dedicou ao exame de casos em que percebia que a “não imputação de responsabilidade por danos e custos, derivados de contratos nulos, conduz a situações de injustiça.”⁷¹ Não obstante a *culpa in contrahendo* ser invocada até os dias atuais, várias críticas foram elaboradas a Ihering⁷² em virtude da falta de fundamento para a aplicação de tal forma de responsabilização: contrato não havia, portanto excluída estava a figura da responsabilidade contratual, bem como previsão legal também não havia, o que excluía a possibilidade de responsabilização extra-contratual tendo em conta os seus requisitos. Alguns juristas se enveredaram pela

⁶⁹ A tarefa de se atribuir um “preço” a uma empresa constitui atividade de grande complexidade. Importa em determinar não apenas o valor do patrimônio físico, como maquinário, bens imóveis e estoque, como também exige o arbitramento de valor a outros aspectos da empresa, como a dimensão da sua clientela, o valor agregado à imagem do estabelecimento em razão da marca. Apurar o valor de todo o conjunto é uma atividade que exige a atividade de uma série de profissionais de alta qualificação, e que, portanto, consome uma quantidade considerável de recursos.

⁷⁰ Há autores que empregam, nesse sentido, a locução “responsabilidade pré-negocial”, a exemplo de Judith MARTINS-COSTA. *A boa-fé no Direito Privado*. Op. cit., p. 472

⁷¹ CORDEIRO, Antonio Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Op. cit., p. 529

⁷² *Ibid.*, p. 532

noção de que, durante as negociações forma-se um hipotético contrato em virtude do qual as partes estariam adstritas a não interromper as tratativas de forma unilateral. Esta explicação para a *culpa in contrahendo* estaria condenada ante uma doutrina, à época, completamente orientada em função da “autonomia da vontade”, de forma a não se reconhecer a existência do contrato antes de haver concreta declaração de vontade de ambas as partes neste sentido. Entretanto, não dispunha Ihering do instrumental teórico que atualmente dispomos. Foi justamente a partir da noção de *culpa in contrahendo* que se inseriu, para além de uma função interpretativa, a figura da boa-fé no Direito Contratual moderno.

Com efeito, a responsabilidade pré-contratual não deriva de um contrato, uma vez que antecede a existência deste, bem como não é fruto tão somente de um dever genérico de não causar danos a outrem, nos termos da responsabilidade civil aquiliana. Conforme aduz Judith Martins-Costa (2000, p. 487),

na responsabilidade pré-negocial os deveres que se violam (...), não são os deveres principais, que só se concretizam com o contrato formado, mas os deveres instrumentais, que em algumas hipóteses, se concretizam previamente à formação do vínculo negocial, deveres de cooperação, de não-contradição (...) deveres que decorrem da boa-fé objetiva como mandamento de atenção à legítima confiança despertada no futuro contratante e de tutela aos seus interesses.

Precisamente apontado pela jurista, a figura da responsabilidade pré-contratual tem origem na concepção de boa-fé em seu viés objetivo, que obriga os contratantes a se portarem de forma leal, protegendo os interesses da outra parte, ainda que contrato não haja se estabelecido. Não se pode entender, contudo, que exista, uma supressão ou limitação da possibilidade de negociação, vale dizer, uma limitação à autonomia privada. O que há é uma tutela jurídica sobre uma fase do processo de contratação visando a *garantir* a viabilidade do contrato a ser estipulado: não havendo a confiança necessária entre as partes e faltando transparência das partes e esclarecimento quanto às condições contratuais, não podemos falar em acordo de vontades. Na falta destas condições, a figura da vontade pode até mesmo existir, é forçoso, entretanto, admitir que consenso não há, apenas mera aparência – falsa – de consenso.

Isto nos induz a elevar a boa-fé a condição de existência do contrato, o que impõe toda uma reformulação do instituto. Há aqueles, entretanto, que entendem ser

a boa-fé um mero requisito contratual, que levaria à invalidade de certas condições contratuais porque em desacordo com o a boa-fé enquanto mandamento legal. Passaremos, então, à comparação destas duas posições.

2. 2 BOA-FÉ: DE LIMITE A ELEMENTO DE EXISTÊNCIA DO CONTRATO

Efetivamente, são duas as posições viáveis ante a relação entre o contrato e o princípio da boa-fé. O primeiro entendimento enquadra a boa-fé como um requisito a ser observado pelas partes no exercício de sua vontade, na medida em que a boa-fé assume o papel de atenuação da autonomia privada. O princípio aí figura como uma norma proibitiva, impedindo os contratantes de agirem em desconformidade com a boa-fé. A função da boa-fé, nestes casos, desempenha uma função negativa sobre a vontade das partes, invalidando certos efeitos jurídicos ensejados por uma conduta em desconformidade com a boa-fé. É esta a perspectiva que se descortina através do controle do conteúdo do contrato na supressão de cláusulas consideradas abusivas⁷³. A solução apontada pela teoria aparenta ser a mais harmoniosa com um senso comum de justiça, tendo em conta que ainda que ante uma cláusula abusiva em um contrato regido pelo regime consumerista, não há que se falar em inexistência do contrato, mas apenas em invalidade daquele dispositivo, tendo em vista ser esta a melhor solução para tutelar o interesse tanto do fornecedor quanto do consumidor.

Entretanto, há os que apontam ser a boa-fé o novo sustentáculo da relação contratual, dentre os quais destacamos a figura de Paulo Nalin. O civilista, ao longo da sua produção científica, vai distinguindo na figura da boa-fé um elemento que tem mais a acrescentar ao Direito Contratual do que um mero controle sobre condições iníquas. Considerando a forma como as relações contratuais de regime jurídico específico – os contratos trabalhistas e os contratos de consumo – constituem a maior parte do tráfego jurídico contemporâneo, a função de controle do abuso de direito por parte do fornecedor/empregador se afigura de especial importância. No

⁷³ “As metamorfoses trazidas pela superação do *modelo formal de contrato* abriram, todavia, um campo de actuação à boa fé, como norma de validade” RIBEIRO, Joaquim de Souza. *O controlo no conteúdo dos contratos*. Op. cit., p.8

entanto, o âmbito de incidência da boa-fé suplanta, e muito, estes estreitos limites, como pudemos observar ao longo de todo nosso trabalho.

Estamos testemunhando o processo de mudança de fundamentação da figura do contrato. Conforme assevera Paulo Nalin (2001, 138),:

A vontade dos contratantes (...) não mais está no âmago do contrato. Tal espaço é preenchido pela Boa-fé contratual. É bem verdade que o elemento volitivo do contrato mostra-se mais forte, na inversa proporção de vulnerabilidade de uma das partes envolvidas na relação.

E continua o raciocínio, no seu ensaio *A boa-fé como elemento de existência do negócio jurídico* (2003, p. 28):

... a boa-fé está longe de ser um simples limite à autonomia privada das partes, a operar no nível da validade dos negócios jurídicos. Sim, porque, enquanto limite ao desbordarem os contratantes da moldura imposta pelo Estado na interlocução negocial, o efeito seria o da invalidade do negócio, ao passo que, se considerada para além de um simples limite, a conseqüência seria pela inexistência do negócio.

Entende o autor supra-mencionado ser a Constituição o fundamento legal que autoriza proceder a esta mudança, uma vez que dentro do ordenamento constitucional encontramos valores intrínsecos à pessoa humana, somente satisfeitos no âmbito da vida em sociedade⁷⁴. É na constituição, ao eleger a solidariedade como um de seus princípios fundamentais, que encontramos suporte para entender a figura da boa-fé enquanto fator constituinte do núcleo essencial da relação contratual.⁷⁵ A segurança das relações contratuais não deriva mais do apego incondicional à figura volitiva, mas antes da tutela da confiança entre as partes, cada vez mais precária antes a massificação das relações contratuais⁷⁶.

Com efeito, o autor teve o mérito de perceber a efetiva dimensão da incidência do princípio da boa-fé no Direito Contratual da contemporaneidade. Se é bem verdade a conclusão a qual chega Paulo Nalin, a concepção carece de

⁷⁴ "...a vontade contratual deixou de ser o núcleo do contrato, cedendo espaço a outros valores jurídicos, institutos fundados na Carta" NALIN, Paulo. *Do Contrato*. Op. cit., p. 91

⁷⁵ "Nestas bases de nucleação do contrato no princípio da boa-fé, não tenho dúvida que o contrato celebrado sem sua observância também será inexistente, sendo ela (boa-fé) antes elemento de materialização do negócio do que antes simples princípio informativo ou conformativo da vontade contratual. Ou seja, é antes elemento essencial do que limite interpretativo." *Ibid.*, p. 140.

⁷⁶ "A segurança jurídica não está mais no paradigma moderno da vontade, mas no pós-moderno da boa-fé: contrato seguro é contrato de boa-fé." *Ibid.*, p. 213.

fundamentação mais profunda: não se pode delegar à lei, mesmo que seja a lei constitucional, a tarefa de legitimar a boa-fé enquanto estrutural à relação contratual⁷⁷. Legitimar uma norma jurídica como o princípio da boa-fé contratual através da legalidade significa ainda se valer de um formalismo positivista para endossar uma norma que, em sua essência, é peremptoriamente contrária, em *todos os seus aspectos*, aos pressupostos do positivismo jurídico. Sem sombra de dúvidas a legitimação de tal entendimento demanda uma adequação à legalidade constitucional, mas não para aí; também impõe efetuar a leitura do contrato a partir de uma racionalidade completamente distinta daquela que engendrou o contrato moderno.

⁷⁷ “Para a concepção habermasiana, a sociedade atual, multicultural e racionalista rejeita tanto a metafísica religiosa dos antigos, quanto o apelo à legalidade/discrecionalidade do positivismo, como mecanismos de legitimação do Direito.” CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Habermas e o direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris. 2006. pág 129

3 AS PROPOSTAS DE UM CONCEITO PÓS-MODERNO DE CONTRATO

Após termos delimitado o conceito moderno de contrato, destacando o pensamento filosófico que serve de esteio à categoria, e após confrontarmos tal conceito com o princípio da boa-fé, dando ênfase às funções vinculadas ao princípio, concluiu-se pela incompatibilidade de ambos, o que exige uma reformulação do Direito Contratual de forma a albergar a boa-fé. Também pudemos concluir que a divergência existente não pode ser sanada através da mera vinculação ao texto constitucional, por reprodução de um legalismo incompatível com a própria boa-fé¹. Neste momento, e tendo em conta a natureza desta monografia, poderíamos nos dar por satisfeitos e tomar como concluído o presente trabalho.

Entretanto, por uma questão de honestidade, é necessário relatar aqui o nosso sentir quanto à questão, apontando alguma possibilidade para a resolução do impasse. É bastante fácil apontar erros, contradições, lacunas, ainda mais em uma área do Direito como a dos contratos, onde o velho ainda não morreu e o novo já nasceu. Entretanto, é responsabilidade do pesquisador, independentemente da área em que atua, assumir com clareza a sua posição, tendo, ao mesmo tempo, a frieza para não se deixar levar pela intuição e sustentar aquilo que não seja plausível.

É por esta senda que nos enveredaremos. Cumpre agora, apresentar uma proposta, com o alerta de que, por enquanto, se trata mais de uma possibilidade a ser melhor desenvolvida do que um fato comprovado. A tarefa a qual nos propomos agora, tendo em conta a tensão existente dentro do conceito de contrato, é empreender uma busca a um discurso, distinto do discurso da modernidade, que consiga conciliar as figuras da autonomia privada e da boa-fé em uma relação de complementaridade, e não de colisão ou de mitigação de um princípio em favor do outro. O sistema filosófico que se afigura apto a empreender tal tarefa é o fundamentado na *linguagem*, despontando, entre outros filósofos, a figura de Jürgen Habermas e a sua obra fundamental, a Teoria da Ação Comunicativa.

¹ “...Habermas considera que a positividade e o formalismo são elementos insuficientes para a legitimação do Direito, pois aos mesmos deveria se associar a “fundamentação”, elemento que impediria/atenuaria o papel do Direito de dominação do mundo da vida.” CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Habermas e o direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 120

Tal análise exige um requisito para que se afigure admissível a fundamentação do Direito Contratual na teoria do discurso. Trata-se da controvérsia entre a natureza normativa do contrato ou *teoria preceptiva*². Conforme aponta Orlando Gomes (1999, p. 12), a concepção mais tradicional define o contrato como “todo o acordo de vontades destinado a constituir uma relação jurídica de natureza patrimonial e eficácia obrigacional.” Impende entretanto, a sua natureza normativa, em que se dividiu a doutrina entre concepção subjetiva e objetiva. Em rápida síntese, entendem os filiados à posição objetiva ser o contrato fonte de normas jurídicas, que definem as condutas entre as partes contratantes porque composto de preceitos. Já os filiados à corrente subjetiva, mais tradicionalista, entendem que a relação jurídica só cria direitos subjetivos e relações jurídicas, os quais retiram sua cogência do ordenamento jurídico, este sim dotado de caráter normativo. Em suma, estariam os atores apenas aplicando as normas jurídicas.

O entendimento no viés subjetivista merece algumas críticas. A primeira é a de que esquecem eles que o próprio ato que instaura o ordenamento jurídico é um “contrato”. A segunda crítica é a de que tal linha de pensamento identifica, por vinculada ao positivismo legalista, as noções de norma e de lei. Lei é uma espécie de ato normativo, que faz surtir seus efeitos de forma geral, enquanto norma é uma prescrição de conduta, que proíbe, permite ou obriga alguém a seguir certa conduta, sob pena de sanção.

Orlando Gomes (1999, p. 14) bem esclarece que esta questão tem um fundo *ideológico*: “observa-se que o recrudescimento do interesse de defender e reforçar a autonomia privada (...) tem contribuído para o descrédito da idéia de que o contrato tem caráter normativo.” E continua: “Afirma-se, ademais, que esta idéia esta a serviço do capitalismo liberal, porque racionaliza a dominação dos privilegiados pelo emprego de um instrumento jurídico de inspiração liberal do crivo de princípios, como o da boa-fé e o da condenação ao abuso de direito”. Assim, para a proposta que estamos construindo, fundamental entender o contrato enquanto categoria da qual derivam *normas*, distintas da lei, mas ainda assim dotadas dos elementos fundamentais estabelecidos pela teoria do direito.

² GOMES, Orlando. *Contratos*. Atualiz. Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 13

Desta feita apenas entendendo o contato dotado de caráter normativo é que se autoriza um diálogo entre as categorias da teoria da ação comunicativa e do Direito Contratual. Caso contrário, em se pautando pela teoria subjetiva do contrato, não se poderia falar em aplicar a teoria habermasiana sobre o contrato, mas também não se admitiria a dimensão do princípio boa-fé na dimensão que a descrevemos, conforme já elucidado por Orlando Gomes.

No entanto, partindo dos mesmos pressupostos, podemos proceder primeiramente a uma análise dos elementos que compõem a teoria da ação comunicativa, para então procedermos a uma análise complementar da boa-fé, agora à luz do paradigma da *linguagem*.

2.1 HABERMAS, A TEORIA DA AÇÃO COMUNICATIVA E O PRINCÍPIO DO DISCURSO

Explicar a teoria da ação comunicativa demandará uma breve localização histórica da figura de Jürgen Habermas, filósofo e sociólogo alemão, nascido em 18 de junho de 1929. Foi colaborador de Theodor Adorno, que, com Max Horkheimer, foram as principais figuras da linha de pensamento sociológico denominada “Escola de Frankfurt”³. Os autores que se dedicam ao estudo do pensamento da Escola de Frankfurt dividem-se entre aqueles que consideram Habermas enquanto integrante da escola, enquanto outros o tomam como um autor cujo pensamento destoa dos demais autores da “escola”⁴. Não obstante, é fundamentalmente a partir das idéias de Horkheimer e Adorno que Habermas elabora sua Teoria da Ação Comunicativa.

A Escola de Frankfurt⁵ foi formada no início do século XX por um grupo de filósofos e sociólogos alemães, na sua maioria de origem judaica, cujo elemento comum em suas obras era investigar as razões pelas quais as promessas da modernidade não se concretizaram, redundando dominação do homem pelo homem

³ Informações biográficas sobre o autor disponíveis no site Wikipedia. Disponível em:<<http://pt.wikipedia.org/wiki/Habermas>>. Acesso em 25 set. 2006

⁴ Sobre a relação entre Habermas e a Escola de Frankfurt, ver FREITAG, Barbara. *Teoria Crítica: ontem e hoje*. 5. ed, 1. reimpr. São Paulo: Brasiliense, 2004.

⁵ Ver em MATOS, Olgária. *A Escola de Frankfurt: luzes e sombras do iluminismo*. São Paulo: Moderna, 2003.

e na barbárie, ao que os autores freqüentemente aludem à figura dos campos de concentração do nazismo alemão. Nas diversas obras desse movimento, das quais destacamos *O eclipse da razão e Teoria Tradicional e Teoria Crítica*⁶, os autores da Escola de Frankfurt determinam que a razão fundamental pela qual o projeto iluminista não se concretizou foi, em linhas gerais, o modelo de racionalidade que inaugura a era moderna, racionalidade esta que levada ao extremo levou a uma desumanização das relações sociais.

Para cumprir tal objetivo os autores frankfurtianos conceberam duas categorias, a *Teoria Tradicional* e a *Teoria Crítica*. Fundamentalmente, a Teoria Tradicional, característica do pensamento positivista, é marcada pela razão idealista, lógico-silogística e abstrata, característica das ciências exatas e aplicadas, sendo o “apego irracional” a esta forma de teorização, redundando no seu emprego até mesmo no âmbito das ciências sociais, a causa comum de todas as barbáries do mundo moderno. A *Teoria Crítica*, pautada pela dialética, pelo pensamento indutivo e materialista, tinha a função de, contrapondo-se às práticas resultantes da Teoria Tradicional, suprimindo os seus efeitos “desumanizadores”.

Em suma, a interpretação que os autores frankfurtianos fazem é a de que a crise da modernidade é ensejada pela insuficiência da razão calculadora, enquanto meio para atingir a “emancipação” e o bem comum, induzindo antes a uma objetivação/reificação do ser humano pelo próprio ser humano. Habermas, em razão da influência que sofreu dos autores da “Escola”⁷, se vale das categorias da “teoria tradicional” e da “teoria crítica”, e as reescreve sobre outros fundamentos⁸, o

⁶ ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. *Teoria Tradicional e Teoria Crítica*. In *Textos Escolhidos*. Trad. Zeliko Loparié [et al.], 5. ed., São Paulo: Nova Cultural, 1991.

⁷ “Herdeiro das tradições frankfurtianas, ele (Habermas) construiu seu projeto emancipatório, não só sobre estudos notadamente interdisciplinares, mas especialmente com base no paradigma da comunicação. Ele percebe o esgotamento do paradigma da consciência trabalhado por seus antecessores no projeto do esclarecimento.” CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Habermas e o direito brasileiro*. Op. cit., p. 58

⁸ É recorrente, na obra de Habermas, o “desmonte” da obra de um teórico para uma adaptação seus dos conceitos à teoria da ação comunicativa. Esta prática demonstra a preferência do autor em “dialogar” com outros autores, mas redundando na complexidade da obra de Habermas. O autor, durante seu trajeto intelectual, se vale de obras relativas à filosofia, sociologia, teoria política, história, psicologia, pedagogia, lingüística, direito, que implicadas umas às outras numa rede, faz da leitura de suas obras um verdadeiro desafio.

paradigma da *linguagem*⁹, sendo que a superação do Paradigma da Consciência se credita a Wittgenstein.¹⁰

Assim, Habermas parte de novos fundamentos, sem abandonar a consistente crítica que a Escola de Frankfurt formulava à razão tecnicista¹¹. Formulando crítica igualmente ferrenha à dos frankfurtianos, Habermas coloca a questão da falência do projeto emancipatório da modernidade em termos de paradigmas filosóficos; o paradigma do sujeito cognoscente, cujo expoente encontramos em Kant, estaria esgotado, de forma que, para a retomada do projeto iluminista, necessário o repensar da própria racionalidade, em termos distintos daqueles propostos por Kant.

Conforme assevera Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2006, p. 80), é através de uma racionalidade explicada a partir da *linguagem* que “Habermas superava tanto o modelo representacional do conhecimento, no qual a “verdade” se traduziria pela correspondência entre a proposição / representação e o fato / objeto, próprio do paradigma filosófico metafísico e ainda dominante no paradigma do sujeito cognoscente.”

As noções frankfurtianas de *teoria tradicional* e *teoria crítica* são redesenhadas, colocadas em termos de racionalidade¹² – a *racionalidade instrumental* e a *racionalidade comunicativa*. Os autores definem a razão instrumental como a razão que orienta a ação humana tendo em vista um fim,

⁹ “Cessa a confiança depositada nas possibilidades da razão, apontando para sua crise ou morte, e conseqüente crise da modernidade, traduzindo um movimento de irracionalismo. Nesse panorama, esboça-se a “passagem da razão centrada no sujeito para a razão comunicacional”. Trata-se da ruptura com o paradigma cartesiano da subjetividade, e a composição de outro, idealizado no agir comunicativo por Habermas.” PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O percurso teórico da boa-fé e sua recepção jurisprudencial no direito brasileiro*. Curitiba: UFPR, 2004. p. 180

¹⁰ STIELTJES, Claudio. *Jurgen Habermas: A Desconstrução de uma teoria*. São Paulo: Germinal. 2001. p. 50.

¹¹ “...é possível afirmar que Habermas identificava o neopositivismo como manifestação da chamada razão instrumental que tanto atormentava os frankfurtianos. Uma razão que teria desumanizado a ciência por meio da imposição de uma forma de saber único, baseada no método matemático de descrição da natureza como algo mecânico, dotado de causalidade, fundada na repetibilidade dos eventos naturais, que esperava apenas a intervenção do intelecto humano para ser descrito por meio de leis universais e imutáveis.

Por este raciocínio o conhecimento técnico estaria, de um lado, imunizando-se de qualquer controle democrático e, de outro, transformando as decisões de fundo ético, pragmático e moral, em questões subordinadas/dependentes apenas do conhecimento de especialistas.” CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Habermas e o direito brasileiro*. Op. cit., p. 63

¹² “A concepção e efetivação dessa nova ordem implica, para Habermas não só a ruptura com os paradigmas mencionados, mas fundamentalmente a instauração de uma nova forma de racionalidade. A ruptura com esses paradigmas tem o objetivo de instituir uma nova forma de racionalidade.” STIELTJES, Cláudio. *Jurgen Habermas*. Op. cit., p. 59

pautada pelo juízo de eficiência dos meios escolhidos e sua adequação ao objetivo¹³.

A razão comunicativa, entretanto, se pauta por outros valores. Tem em conta não apenas a questão da intersubjetividade, vale dizer, a razão comunicativa, em virtude de sua ontologia, mas também a existência de uma contraparte e a relação daquele que age comunicativamente e o “outro”. Já vimos esta idéia ser trabalhada em outros termos, quais sejam, a conceituação da boa-fé no viés objetivo, que impõe aos contratantes que pautem a sua conduta tendo em conta “o dever que promana da concreção do princípio da boa-fé é dever de consideração para com o “alter”.”¹⁴ Retomaremos esta idéia mais adiante, quando tratarmos especificamente das implicações entre a boa-fé e uma leitura “comunicativa” do contrato.

A ação comunicativa, portanto, é a ação *voltada para o entendimento*, ação esta que só é viabilizada pela linguagem. Efetivamente, na medida em que a pessoa se comunica ela o faz com a expectativa de entrar em acordo com os demais¹⁵. A noção de ação comunicativa é algo intuitivo: não havendo absolutamente qualquer possibilidade dos homens chegarem a um consenso, pois a linguagem perderia completamente o seu sentido.

As implicações da cisão da razão entre as figuras da razão instrumental e razão comunicativa atingem, por óbvio, o Direito, tendo em conta ser esta uma das dimensões da vida em sociedade. Passemos ao exame de tais implicações.

2.2 AS CATEGORIAS DA TEORIA DA AÇÃO COMUNICATIVA E O DIREITO

Da noção de ação comunicativa, nos termos em que é apresentada por Habermas, redesenha-se também o conceito de verdade/validade. A verdade de certa proposição não se infere de um processo racional interno ao sujeito, mas a possibilidade de sustentação argumentativa, em condições ideais, da referida proposição. Em Direito, entretanto, bem como na moral, as proposições são

¹³ Ibid., p. 60

¹⁴ COUTO e SILVA, Clóvis do. *Obrigação como processo*. Op. cit., p. 29

¹⁵ “Habermas percebe que a comunicação em si através da linguagem pressupõe sempre uma tentativa de consenso e de acordo entre os homens.” CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Habermas e o direito brasileiro*. Op. cit., p. 83

trabalhadas a partir da noção de *validade*, e não de *verdade*. Nesse sentido, Habermas faz uma aproximação da teoria da ação comunicativa ao âmbito do Direito, afirmando que as normas jurídicas são passíveis de legitimação através da atividade argumentativa das partes implicadas pela proposição normativa.

É nestes termos que Habermas (2003, p. 142) enuncia o princípio do discurso: “D: São válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais.”

Normas de ação são, entre outras, as normas jurídicas, que são legítimas para prescrever aos indivíduos a observância de certa conduta na medida em que tais indivíduos concordaram com a validade de tal norma de ação. Este assentimento exige, entretanto, que se garanta aos indivíduos, a serem afetados pela norma, a possibilidade de argumentar sobre o conteúdo da norma.

Assim, a importância da teoria da ação comunicativa para o Direito releva em vários âmbitos. O mais mencionado pelos juristas é o que remete ao estudo da legitimação do ordenamento jurídico como um todo, tendo em conta a necessidade da participação de todos os indivíduos, para daí refletir-se sobre a questão da democracia, bem como quais são as condições mínimas para que os cidadãos sejam capazes de participar racionalmente do debate democrático¹⁶. Um cidadão submetido à mais absoluta miséria não tem condições de participar do debate democrático. Observe-se que, na teoria da ação comunicativa, a questão central não é excluir aquele que não tem condições de figurar enquanto participante do discurso racional, mas incluí-lo, na medida em que a exclusão social redundaria na ilegitimidade do sistema. Esta discussão, ainda que relevante, é impertinente à idéia que pretendemos trabalhar aqui.

Outra implicação do princípio do discurso no Direito concerne a outros tipos de normas, como as oriundas das relações contratuais, daí termos insistido no caráter normativo do contrato. Segundo o princípio do discurso, serão válidas as normas estipuladas entre duas partes desde que as duas partes a serem afetadas

¹⁶ “Esse princípio do discurso deve assumir – pela via da institucionalização jurídica – a figura de um princípio da democracia, o qual passa a conferir força legitimadora ao processo de normatização.” HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*, v. 1, 2. ed. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 158

por aquela norma tenham garantida a possibilidade de, em um processo de argumentação racional, isto é, pautado pela ação comunicativa, assentir quanto à validade da norma^{17,18}. Em boa medida, é isto que efetivamente acontece num processo de formação de um contrato “paritário”: ambas as partes negociam entre si os termos do contrato, para então ambas as partes assentirem – o chamado *acordo de vontades*.

Entretanto, como bem sabemos, é utópica a idéia de que as partes têm condições iguais no processo de negociação. Já foi mencionada aqui a idéia de que “entre o forte e o fraco, é a liberdade que oprime, e a lei que liberta”.

É aí que a teoria da ação comunicativa inova. Kant acreditava que o ser humano era naturalmente racional, e que, portanto, iria, naturalmente, submeter mentalmente todas as suas vontades a um juízo de validade, enquanto Habermas, por entender que a razão reside na *linguagem*, submete a “racionalidade do sujeito” a um processo de verificação através da sustentação argumentativa de suas pretensões. O indivíduo, grosso modo, seria compelido a “prestar contas” através da argumentação, sempre racional.

Este processo argumentativo implica certas condições, requisitos, especificidades intrínsecas a qualquer ação que vise o entendimento¹⁹, sendo que, é na medida em que tais requisitos são respeitados por algum dos participantes do discurso que o consenso daí derivado retira sua legitimidade. Em oposição, o consenso que tenha como base um processo argumentativo que não respeita os requisitos que são intrínsecos ao processo de entendimento é denominado de “pseudo-consenso”, imprestável para legitimação de qualquer norma de ação.

¹⁷ “O agir comunicativo é voltado para o entendimento mediado pela linguagem em busca de normas que possam valer obrigatoriamente e que preencham legitimamente as expectativas recíprocas de comportamento aceitas por no mínimo dois interlocutores.” (pág 91) CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Habermas e o direito brasileiro*. Op. cit., p. 91

¹⁸ “De acordo com o princípio do discurso, podem pretender validade as normas que poderiam encontrar o assentimento de todos os potencialmente atingidos, na medida em que estes participam de discursos racionais.” HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*. Op. cit., p. 164

¹⁹ “Tal racionalidade (comunicativa) está inscrita no telos lingüístico do entendimento, formando um *ensemble* de condições possibilitadoras e, ao mesmo tempo, limitadoras. Qualquer um que se utilize de uma linguagem natural, a fim de entender-se com um destinatário sobre algo no mundo, vê-se forçado a adotar um enfoque performativo e a aceitar determinados pressupostos.” HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*. Op. cit., p. 20

Perceba-se que a razão comunicativa não estipula heteronomamente normas. É da natureza da linguagem que se respeitem certos requisitos para que o entendimento seja possível, requisitos estes que têm caráter normativo, mas que o são em razão de um processo de entendimento²⁰. Habermas, em sua obra *Direito e Democracia* (2003, p. 20), esclarece a questão:

A razão comunicativa (...), não é uma fonte de normas do agir. Ela possui um conteúdo normativo, porém somente na medida em que o que age comunicativamente é obrigado a apoiar-se em pressupostos pragmáticos de tipo contrafactual.

Cumpra esclarecer, portanto, qual é este conteúdo normativo. Primeiramente, o sujeito, ao atuar comunicativamente – isto é, buscando um consenso – deve ter em conta que sua argumentação está adstrita a certos requisitos. Isto porque o consenso apenas se estabelece se os *atos de fala* – os atos realizados comunicativamente – preencherem certas especificidades, denominadas por Habermas como as *pretensões de validade dos atos de fala*.

Não obstante tais especificidades, ainda se impõe a todos os envolvidos no discurso que observem outros deveres, sem os quais o entendimento não é possível. A tais elementos denominamos de condições da *situação ideal de fala*, idéia a ser desenvolvida adiante. Cumpra delimitar agora que apenas com a observância de tais requisitos é que se pode estabelecer um consenso legítimo²¹, capaz de consubstanciar normas de ação.

2. 2. 1 O ato de fala e as pretensões de validade

Enquanto quaisquer indivíduos empreenderem uma tentativa de chegar a um consenso sobre algo no mundo da vida, devem seus atos de fala serem adstritos a

²⁰ Daí o entendimento de que a teoria da ação comunicativa tem caráter procedimentalista. Os requisitos para se chegar a um consenso legítimo são formulados em razão de um processo de entendimento.

²¹ “A distribuição simétrica entre os participantes é posta em forma, por Habermas, através de um conjunto de regras e de normas capazes de garantir, em última instância, a igualdade de possibilidade de crítica que permite a prevalência do *melhor argumento* capaz de conduzir a um consenso autêntico. São também essas condições oferecidas pela situação ideal de fala que permitem distinguir um consenso falso de um consenso autêntico.” STIELTJES, Cláudio. *Jürgen Habermas*. Op. cit., p. 71

certas condições que garantem o entendimento. Não se afigura possível, por exemplo, pessoas que falam idiomas completamente distintos, chegarem a um consenso sobre uma característica de uma obra literária escrita em um idioma também distinto dos participantes do discurso. Em verdade, neste caso não há nem como falar em discurso porque ato de fala efetivamente não haverá. Podem eles tentar conversar mesmo assim, entretanto, tais “falas” não serão válidas²² em razão de serem incompreensíveis reciprocamente.

Conforme explica Cláudio Sjieltjes, “À emissão no ato de fala deve corresponder, segundo Habermas, basicamente a quatro condições; 1) o de se estar expressando inteligivelmente; 2) o de se estar dando a entender algo; 3) o de estar dando-se a entender; 4) e o de entender-se com os demais.”²³ Tais condições são denominadas por Habermas como “pretensões de validade”, uma vez que, em sendo a verdade/validade de algo estabelecido discursivamente, não se pode inferir que o ato *seja em si verdadeiro*, mas que o emissor do ato de fala entende ser aquele ser ato de fala dotado de validade para figurar no discurso. São os atos de fala válidos aqueles dotados de *inteligibilidade* – o seu conteúdo é compreensível pelos demais indivíduos envolvidos no discurso – *verdade* – o conteúdo do ato de fala corresponde a uma representação da realidade que o falante faz – *veracidade* – o ato de fala condiz com o que o falante efetivamente pensa, ou seja, não pode o ato de fala ter conteúdo distinto daquele que o emissor internamente estabeleceu²⁴, e, por fim deve o ato de fala ser dotado de – *retidão* – na medida em que o autor escolhe, dentre as diversas vias possíveis de comunicação, aquela condizente com a situação²⁵. A retidão se infere do ato de fala quanto adequado àqueles requisitos formais que definidos em razão daquele espaço específico que o discurso é ambientado.

A noção é, de certa forma intuitiva. Para que as pessoas possam chegar a um consenso, efetivamente elas precisam, ao dialogar, dizer algo que seja

²² “Essas condições constituem-se em princípios que conferem validade à fala. Todo ato de fala, para lograr seus fins, entre eles o essencial, o *entendimento*, deve carregar esses princípios nos termos de pretensões de que aspiram dar à fala sua validade.” Ibid., p. 56

²³ HABERMAS, Jürgen. Teoría de la Acción Comunicativa: complementos y estudios previos. p. 300, apud STIELTJES, Cláudio. *Jürgen Habermas*. Op. cit., p. 54.

²⁴ Alguns autores referem-se a este requisito através do termo *sinceridade*.

²⁵ “Encontramos, portanto, diante de quatro pretensões de validade: 1) inteligibilidade, 2) verdade, 3) veracidade 4) retidão.” STIELTJES, Cláudio. *Jürgen Habermas*. Op. cit., p. 57.

compreensível pelos outros, que corresponda àquilo que entendem ser a representação fiel dos mundos dos fatos, que corresponda àquilo que o falante acredita e que obedeça as formas prescritas pelo espaço que o discurso toma lugar.

A formação de um consenso legítimo, entretanto, não se limita a estes requisitos, entretanto. Examinados os requisitos que os indivíduos devem observar para seus atos de fala, devemos agora passar ao exame dos requisitos da situação ideal de fala.

2. 2. 2 A situação ideal de fala: seus requisitos para a formação do consenso legítimo

Convém, antes, um alerta. A situação ideal de fala é de natureza *contrafática*, isto é, não é demonstrável, mas é uma suposição que todo indivíduo faz ao agir comunicativamente. Em outras palavras, ao tentar entrar em consenso com outra pessoa, ele acredita existirem as condições para que tal se dê. A situação ideal de fala, por ideal que é, não existe no mundo da vida, mas é uma suposição que todo falante faz ao buscar o entendimento.

São os requisitos pontuais dessa “situação ideal de fala”²⁶: a *simetria* ou equilíbrio de posições entre os interlocutores, a *igualdade postulatória*, isto é, iguais chances de formular atos de fala que preencham os requisitos de validade, um *meio comum* a ambos os interlocutores através do qual os atos de fala são emitidos, a *inexistência de limite de tempo* para a argumentação, a *sinceridade*, vale dizer, o objetivo comum de todas as partes de chegar a um entendimento e, por fim, a *ausência de coação* interna ou externa na execução do discurso.

²⁶ “O discurso pressupõe essa ‘situação ideal de fala’ que, sinteticamente, exige como pré-requisitos contrafactuais imanentes à própria linguagem: a simetria das posições e a igualdade na oportunidade de fala; a idéia subjacente de *ego* e *alter ego* (como pressuposto da diferença e do pluralismo); o *medium* lingüístico, (...) uma dimensão semântica e uma dimensão pragmática; ilimitação de tempo para se obter o acordo; e a sinceridade, ou seja, a crença naquilo que se fala e o intuito de levar o outro a uma decisão racionalmente motivada e a ausência de coação interna ou externa na execução do discurso.” CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Habermas e o direito brasileiro*. Op. cit., p.88

Assim, para que as pessoas possam a chegar a um consenso, as mesmas partem da suposição de que todos agem comunicativamente, vale dizer, visam alcançar um consenso, bem como acreditam estar em situação de equilíbrio suficiente para que todos possam livremente participar do embate argumentativo. Supõem também que dispõem os falantes de todas as informações pertinentes ao consenso a ser formulado, bem como acreditam ter todo o tempo necessário para argumentar, ou seja, para propor atos de fala válidos, bem como supõem que todos os envolvidos propõem atos de fala dotados de *pretensão de validade*, isto é, preenchem os requisitos para a validade do ato de fala enquanto apto a promover o entendimento. É pressuposta também a existência de um meio de fala comum a todos os falantes no qual os atos de fala tomam lugar.

Tais requisitos parecem derivar de dois, especificamente: a capacidade plena de participar do discurso e a ausência de coação interna e externa no discurso^{27,28}. É nestes termos que Habermas (p.153, apud STIELTJES, 2001, p. 71) em *Teoria da Ação Comunicativa*, define a situação ideal de fala:

Chamamos ideal a uma situação de fala em que as comunicação (sic) não somente não estão impedidas por influxos externos contingentes, como tampouco por coações que seguem a própria estrutura da comunicação. A situação ideal de fala exclui as distorções sistemáticas da comunicação. E a estrutura da comunicação deixa de gerar coações só se para todos os participantes no discurso existe uma distribuição simétrica das oportunidades de eleger e executar atos de fala.

Convém aqui nos precavermos de uma crítica à teoria da ação comunicativa em relação à aplicabilidade da sua teoria no Brasil. Acreditam alguns autores que a teoria de Habermas não é universal, pois só se aplicaria a contextos sociais tipicamente europeus, na medida em que nestes já existe a mínima garantia de condições materiais de existência, sendo tais condições o requisito para os sujeitos poderem chegar a um entendimento.

²⁷ "... em uma 'situação ideal de fala' (...) algumas condições deveriam estar preenchidas. Frise-se: a) igualdade de chance no emprego dos atos de fala comunicativos por todos os possíveis participantes do discurso (...) b) Capacidade dos participantes de expressar idéias, intenções e intuições pessoais." CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Habermas e o direito brasileiro*. Op. cit., p. 93

²⁸ "Mas, além desse elemento, Habermas percebe, como já visto, que a 'situação ideal de fala' ainda exigiria contrafaticamente outras condições, tais como a ausência total de coação interna ou externa ao discurso, um *médium* lingüístico comum (...), bem como um conhecimento ilimitado sobre o tema em questão e tempo também ilimitado para que o consenso pudesse surgir de modo que todos os interessados pudessem concordar com seu conteúdo final." *Ibid.*, p. 96

A crítica, ainda que pertinente, não procede. Habermas é um alemão, natural de um país inserido no centro do sistema econômico capitalista, por isso pensa sua teoria tendo em conta a sua situação no mundo. Mesmo que Habermas empreendesse uma análise social da América Latina tendo em vista a aplicabilidade de sua teoria, tal não poderia dar frutos, uma vez que, tendo em conta os próprios requisitos do ato de fala, esta análise deve ser empreendida *pelos latino-americanos*, e não por europeus, que não vivem o contexto social específico para definir em que termos as pessoas, aqui, chegam ao entendimento²⁹. A linguagem é universal, bem como a busca de entendimento, entretanto, os ambientes em que se desenvolvem os discursos exigem que os discursos se adaptem ao contexto tendo em vista alcançar o entendimento.

O fato de ser “utópica” a situação ideal de fala não obsta o seu uso teórico, pois *é do conceito da situação ideal de fala seu caráter contrafático*, isto é, *inexistente* no mundo, mas pressuposto pelos interlocutores no momento em que procuram chegar a um consenso. Se a questão é a inviabilidade de inclusão de 170 milhões de pessoas num debate democrático, cabe àqueles 170 milhões pensarem formas de inclusão que supram tais contingências. Felizmente, a questão numérica não nos aflige de forma tão grave, uma vez que propomos pensar o Direito Contratual em fundamentos da ação comunicativa. Se toda uma população não possui condições de chegar a um consenso, é imprescindível aceitar que pelo menos duas pessoas o possam, sob pena de entender todo o Direito Contratual como forma sofisticada de dominação dos homens pelos homens.

2.3 BOA-FÉ, CONSENSO E A SITUAÇÃO IDEAL DE FALA – A BUSCA POR UM DIÁLOGO

Após essas sucintas considerações acerca das categorias da *teoria da ação comunicativa*, nos termos em que foi formulada por Habermas, estabeleceremos em

²⁹ “Ao contrário do que sustenta Streck, o projeto emancipatório habermasiano tem, desde o seu início, compromisso inafastável com a inclusão social através de uma conexão factível entre teoria e prática de modo universalista, ou seja, pertinente não apenas a países desenvolvidos, como a Alemanha ou os Estado Unidos, mas também para países como o Brasil.” CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Habermas e o direito brasileiro*. Ibid., p. 24

que termos o princípio da boa-fé no Direito Contratual pode ser entendido enquanto um elemento estrutural da relação contratual. Reinterpreta-se o Direito Contratual³⁰ à luz do paradigma da linguagem para que a boa-fé consiga encontrar o seu lugar entre os demais elementos da relação contratual.

A primeira consequência de tal reinterpretação é entender o contrato enquanto moldura jurídica de um consenso sobre normas de ação, específicas aos contratantes envolvidos. Tais normas têm conteúdo fundamentalmente patrimonial, pelo conceito que fazemos da categoria obrigacional, sem, entretanto, limitarem-se aos efeitos patrimoniais. Já mencionamos, no início do trabalho, que o contrato é funcionalizado pelo próprio ordenamento, função esta de atender a necessidades individuais que transcendem o âmbito patrimonial.

A segunda consequência é aceitar que o contrato, enquanto acordo que legitima normas de ação, é viável apenas através da ação comunicativa. Apenas agindo no sentido de alcançar o entendimento é que faz sentido falar-se em acordo de vontades. O núcleo essencial do contrato – o consenso – implica que os contratantes ajam conforme certos requisitos intrínsecos ao entendimento; em não cumprindo tais requisitos, não há que se falar em consenso, mas em pseudo-consenso, vale dizer, o contrato, enquanto legitima fonte de normas de ação, inexistirá.

Tais requisitos são impostos pelo próprio Direito Contratual. Por exemplo, quando o Código Civil define que o erro é fato que enseja a anulabilidade do contrato, tem em conta que o aspecto da verdade – isto é – o requisito da inteligibilidade se impõe aos atos de fala, devendo corresponder entre si a representação mental e aquilo que se está expressando. Assim, diversas normas jurídicas concorrem para garantir que o contrato é a expressão fiel da vontade das partes, vale dizer, concorrem tais normas para garantir que o consenso formado não é um falso consenso, mas resultado de uma prática de entendimento entre as partes.

³⁰ “Certamente o direito privado passa por uma reinterpretação, quando da mudança de paradigma do direito formal burguês para o do direito materializado do Estado social. No entanto, essa reinterpretação não pode ser confundida com uma revisão dos princípios e conceitos fundamentais, os quais apenas são *reinterpretados* de maneira diferente quando os paradigmas mudam” HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*. Op. cit., p. 120

É nesse contexto que se insere a boa-fé contratual. É ela, conceituada como um dever de consideração³¹ do contratante com a contraparte, cumpre o papel central no controle da legitimidade dos pactos contraídos. É prescrevendo deveres instrumentais – de lealdade, de esclarecimento, de informação, de sigilo, de proteção, de auxílio entre as partes, entes outros – sobre *todos* os envolvidos no contrato, que a boa-fé cumpre o papel de garantidora dos atos de fala trocados entre os contratantes na fase pré-contratual, responsabilizando aquele que se insira no ambiente contratual com finalidade distinta de alcançar o entendimento. A boa-fé vem tutelar a confiança daquele que buscou alcançar o entendimento sobre algo no mundo com alguém, em termos contratuais. Aquele que usa do contrato ou mesmo da fase pré-contratual, para atingir uma finalidade causal, e não o entendimento, é responsabilizado a partir da figura da boa-fé objetiva, como no caso do rompimento injustificado das tratativas.

De igual modo, a boa-fé concorre para assegurar a adequação mínima das circunstâncias materiais à situação ideal de fala. Sabendo-se que os requisitos da situação ideal de fala, por ideais, são antes uma suposição daquele que busca o entendimento, cumpre à boa-fé o papel de atenuar a tensão existente entre a situação ideal de fala e relação fática iníqua³² – entre consumidores e fornecedores, por exemplo – determinando que, em razão das diferenças intrínsecas entre os contratantes, certas condutas sejam vetadas àquele que, por ventura, se prevaleça de sua posição para, abusivamente, impor condições iníquas à contraparte. Em outros termos, a boa-fé intervêm no conteúdo do contrato ante condições iníquas que tenham sido estabelecidas em razão da quebra de algum dos pressupostos da relação ideal de fala.

É nesse sentido que é cabível falar na revisão do conteúdo do contrato, bem como na hipótese de anular as disposições do contrato estipuladas em razão do abuso de uma das partes de sua situação proeminente. O consumidor, por exemplo,

³¹ “Dessa forma a comunicação pressupõe o acordo sobre pretensões de validade exposta durante os atos de fala. Dessarte, a linguagem exige sempre a ‘visão do outro’, a constatação de que nossas opiniões, valores, idéias, não são únicas e nem tampouco necessariamente as melhores.” (sem destaque no original). CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Habermas e o direito brasileiro*. Op. cit., p. 84

³² “Habermas acredita que a legitimidade de qualquer deliberação normativa só pode ser checada em face das condições ideais de fala, pressupostos à comunicação, distinguindo, com isso, um consenso racional de um pseudo-consenso.” *Ibid.*, p. 91

em face do prestador de serviços de telefonia móvel, não tem os conhecimentos técnicos que a empresa tem, não tem a possibilidade de abrir negociação sobre o conteúdo do contrato, não tem, muitas vezes, nem mesmo acesso ao instrumento do contrato, e mesmo tendo, não tem a competência lingüística para entender a linguagem empregada, daí não conseguir mensurar todas as conseqüências jurídicas do contrato. É nesse momento que a boa-fé intercede nas relações contratuais, garantindo a expectativa que foi gerada no consumidor, tutelando a confiança entre as partes³³.

São estas as considerações finais do presente capítulo. Apenas ressaltamos que a boa-fé objetiva, se interpretada a partir do paradigma proposto, tem como função peremptória zelar pelo ambiente contratual. As pessoas apenas contratam se julgam poder confiar na contraparte, sendo que tutelando a confiança entre as partes se estimula a prática contratual. É nesta medida que a boa-fé deve ser entendida como elemento essencial ao contrato.

³³ “Os direitos subjetivos apóiam-se no reconhecimento recíproco de sujeitos de direito que cooperam. A suposição dos direitos subjetivos não implica necessariamente o isolamento dos parceiros do direito (...). Os sujeitos do direito, que se atribuem reciprocamente iguais direitos, estão ligados às pessoas privadas por um tipo de união pessoal...” HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*. Op. cit., p. 122

CONCLUSÃO

Em rápida síntese, no presente trabalho buscamos traçar as linhas gerais do contrato na sua acepção moderna, centrado na noção de autonomia privada. Cotejamo-la com o princípio da boa-fé no Direito Contratual, dando ênfase às funções que desempenha no cenário contratual e, ao fim, encetamos uma proposta “conciliatória” em função de um paradigma filosófico que comporte ambas as figuras harmonicamente. Destarte, traçaremos agora algumas considerações a serem feitas em dois níveis distintos.

Primeiramente, cabe reiterarmos o argumento de que a boa-fé, tendo em conta os efeitos a ela reputados no âmbito contratual, afigura-se inconciliável com o princípio geral de direito da autonomia privada, que em direito dos contratos se traduz nos princípios de liberdade contratual, da obrigatoriedade dos efeitos dos contratos e da relativização dos efeitos dos contratos. A interpretação segundo um “padrão de conduta” e em favor da confiança, a possibilidade de intervenção jurisdicional no conteúdo dos contratos, e a imputação de deveres cujos efeitos transcendem os termos do contrato não se coadunam com o rol de princípios fundados na autonomia do sujeito.

Atualmente, boa-fé e autonomia privada são antípodas a tal ponto que a jurisprudência pátria chegou ao extremo de dividir o Direito Contratual em “dois mundos”: em um imperam as noções derivadas da figura da autonomia privada, e no outro determinado em todos os sentidos pela boa-fé, na sua acepção objetiva¹.

Menos maniqueísta, mas ainda assistêmica, é a posição de alguns autores que pretendem imputar à boa-fé diferentes níveis de incidência em função da relação contratual, o que redundaria, de certa forma, numa atenuação gratuita de um princípio que, conforme assevera Paulo Nalin, é um Princípio Geral de Direito².

¹ TEPEDINO, Gustavo; SHREIBER, Anderson. A boa-fé no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil (arts. 113,187 e 422). In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.) *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 33-34.

² Ver artigo Ética e boa-fé no adimplemento contratual de NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. Ética e boa fé no adimplemento contratual. In FACHIN, Luiz Edson (Coord.) *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p.173-210

Entendemos ser o princípio da boa-fé igualmente aplicável a todas as relações contratuais. Não se pode cercear a incidência do princípio *a priori*, estabelecendo campos de incidência distintos³, mas é imperativo procedermos sempre ao exame da relação contratual *in loco*, por cláusula geral que é a boa-fé. Deixássemos de aplicar o princípio da boa-fé nas relações entre empresas e o problema da “hipertrofia da autonomia da vontade”, nos termos de Rosalice Fidalgo Pinheiro (2004), ainda persistiria no campo dos contratos empresariais.

Sendo nosso objetivo principal demonstrar a inadequação entre as figuras da boa-fé e a autonomia privada da forma como estão sendo aplicadas pela jurisprudência e entendidas por parte da doutrina, não poderíamos nos furtar da oportunidade de expressar nosso entendimento, de forma que adentramos ao segundo nível das nossas considerações.

Ainda à espera de um desenvolvimento profundo, a noção de boa-fé, enquanto elemento de existência do negócio jurídico, parece ser a via para integração deste com os demais princípios do Direito Contratual. No presente trabalho procuramos corroborar com a noção já desenvolvida por Paulo Nalin no seu ensaio doutrinário diversas vezes mencionado por nós. A busca que procuramos empreender aqui foi no sentido de destacar sobre que fundamentos deve se apoiar uma reconstrução do conceito de contrato que albergue a boa-fé em toda a sua amplitude.

A opção pelo paradigma da *linguagem*, enquanto sistema de pensamento filosófico que entendemos apto a tal desiderato, é sugerida em algumas obras⁴ da doutrina de Direito Contratual, bem como mencionada com muito pouco vagar pelo próprio Habermas, apenas a título exemplificativo, em obras como *A ética do discurso e a questão da verdade*. Esperamos ter dimensionado a idéia de forma mais extensa, mas que, definitivamente, merece aprofundamento.

³ Exemplificadamente, definem tais campos os contratos consumeristas, os contratos empresariais, os contratos trabalhistas, e os contratos paritários ou submetidos ao regime geral do código civil.

⁴ Uma relação entre boa-fé e razão comunicativa é sugerida pelos autores Rosalice Fidalgo PINHEIRO, em sua tese, *O percurso teórico da boa-fé contratual e sua recepção jurisprudencial no direito brasileiro*, e em Oksandro GONÇALVES, no seu artigo *O princípio da eticidade no direito contratual*. Quanto à noção de boa-fé enquanto elemento essencial do negócio jurídico, temos por base fundamental o já citado ensaio doutrinário de Paulo NALIN e a obra intitulada *Do Contrato*.

REFERÊNCIAS

- ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. Teoria Tradicional e Teoria Crítica. In *Textos Escolhidos*. Tradução: Zeliko Loparié [et al.]. 5. ed., São Paulo: Nova Cultural, 1991.
- ALVES, José Carlos Moreira, *Direito Romano*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. 1
- AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001.
- COUTO e SILVA, Clóvis do. *Obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky, 1976.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Habermas e o direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris. 2006.
- FACHIN, Luiz Edson. *Novo Conceito de Ato e Negócio Jurídico: Conseqüências Práticas*. Curitiba: Educa/ Scientia et Labor, 1988.
- _____. *Teoria Crítica do Direito Civil*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- FREITAG, Barbara. *Teoria Crítica: ontem e hoje*. 5. ed, 1. reimpr. São Paulo: Brasiliense, 2004.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. Atualizador: Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- _____. *Obrigações*. Atualizador: Edvaldo Brito. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 340 p.
- _____. *Direitos Reais*. 19ª Ed. Atualizador por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- _____. *Direito de Família*. 11ª Ed. Atualizador: Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense: Forense, [1997].
- _____. *Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- GONÇALVES, Oksandro. O princípio da eticidade no direito contratual. In: NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. (Org.) *Contrato & Sociedade – Princípios de Direito Contratual*. Curitiba: Juruá, 2006. v. 1, p. 25-38.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. 1, 2003. (Biblioteca Tempo Universitário 101)

_____. *A ética da discussão e a questão da verdade*. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. 1ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith, *O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro*. Disponível em: <<http://www6.ufrgs.br/ppgd/doutrina/martins1.htm>>. Acesso em: 25 set. 2006

_____. *A Boa-Fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 1. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

MATOS, Olgária. *A Escola de Frankfurt: luzes e sombras do iluminismo*. São Paulo: Moderna, 2003.

NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. Ética e boa fé no adimplemento contratual. In FACHIN, Luiz Edson (Coord.) *repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p.173-210

_____. *Do Contrato: conceito pós-moderno (em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional)*. Curitiba: Juruá, 2001.

_____. *A boa-fé como elemento de existência do negócio jurídico*. (ensaio doutrinário). Trabalho apresentado como requisito parcial à promoção na carreira docente à classe de Professor titular do Curso de Direito, do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2003.

_____. *A autonomia privada na legalidade constitucional*. In: _____. (Org.) *Contrato & Sociedade: a autonomia da vontade na legalidade constitucional*. Curitiba: Juruá, 2006. v. 2, p. 13-45

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

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O percurso teórico da boa-fé e sua recepção jurisprudencial no direito brasileiro*. Tese apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor do Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2004.

RIBEIRO, Joaquim de Souza. O controlo no conteúdo dos contratos: uma nova dimensão da boa fé. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*. Programa de Pós-Graduação em Direito. Curitiba, n. 42, p.5-34. 2005.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988.

STIELTJES, Cláudio. *Jürgen Habermas: a desconstrução de uma teoria*. São Paulo: Germinal, 2001.

TEPEDINO, Gustavo; SHREIBER, Anderson. A boa-fé no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil (arts. 113,187 e 422). In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.) *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 29-44